Münster.1930 № 11 Jur. Diss.

Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und „Staatshoheitsverwaltung“ in den verschiedenen Zweigen des öffentlichen Rechts.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfäl. Wilhelms-Universität zu Münster in Westf.

vorgelegt von

Josef Oermann

Gerichtsreferendar aus Essen-Ruhr.

Langendreer,
Druck: Heinrich Pöppinghaus, o. H.-G.,
1929.

Referent: Herr Professor Dr. Bühler.
Korreferent: Herr Professor Dr. Lukas.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter

und dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555425_0048

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung. 1

I. Hauptteil. Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und „Staatshoheitsverwaltung“ im Staatshaftungsrecht.

§ 1. Allgemeiner Überblick. 2

1. Kapitel. Die Haftung des Staates für Amtsdelikte bei Ausübung der Staatsgewalt.

1. Abschnitt. Die Haftung des Staates bis zur Reichsverfassung von 1919.

§ 2. Die Haftung der Bundesstaaten. 8

§ 3. Die Haftung des Reiches. 12

§ 4. Der Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt nach den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zum Preußischen Gesetz von 1909 und zum Reichsgesetz von 1910. 13

2. Abschnitt. Die Haftung des Staates nach der Reichsverfassung von 1919.

§ 5. Die Bedeutung des Artikels 131 für die Staatshaftung. 17

§ 6. Der Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt nach den Materialien zu Artikel 131 der Reichsverfassung von 1919. 19

§ 7. Die Rechtsprechung zum Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt nach den Staatshaftungsgesetzen. 21

2. Kapitel. Die Haftung des Staates für Vermögensbeschädigungen bei rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt.

§ 8. Die Haftung des Staates für Vermögensbeschädigungen aus Anlaß bloß objektiv fehlerhafter Staatsakte. 26

§ 9. Fortsetzung. Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei rechtmäßig betätigter öffentlicher Gewalt. 28

II. Hauptteil. Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und „Staatshoheitsverwaltung“ im Steuerrecht.

§ 10. Vorbemerkung. 32

§ 11. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Reichsbesteuerungsgesetz. 32

§ 12. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Körperschaftssteuerrecht. 40

§ 13. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Gewerbesteuerrecht. 43

§ 14. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Umsatzsteuerrecht. 47

III. Hauptteil. Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und „Staatshoheitsverwaltung“ in der Statistik und der beamtenrechtlichen Literatur.

Schlußabschnitt.

Zusammenfassung der Ergebnisse. 63

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, in Verw. Arch. Bd. 5 S. 1ff., 1897.

„ Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, 1. Bd., 1912.

„ Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 6. Aufl., 1927.

Becher: Die Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. I und II, 1901.

Becker: Die Reichsabgabenordnung, 5. Aufl., 1926.

Biermann: Privatrecht und Polizei in Preußen, 1897.

Boethke-Arlt: Handbuch des Steuerrechts, 1926.

Brand: Das Beamtenrecht, in Handbücher des Preußischen Verwaltungsrechts, 5. Bd., 3. Aufl., 1928.

Bühler: Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembergischen Recht und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jahrhunderts, in Tübinger Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 16, 1911.

„ Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

„ Lehrbuch des Steuerrechts, 1. Bd.: Allgemeines Steuerrecht, 1927.

Coester: Die Haftung des Staats für Amtsdelikte bei Ausübung der öffentlichen Gewalt nach Preußischem Recht, in Jahrb. d. öff. R., Bd. 5 S. 285ff.

Crusen-Müller: Das Preußische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 20. September 1899, 1901.

Delius: Die Haftpflicht der Beamten nach Reichsrecht und dem Recht der deutschen Bundesstaaten unter Berücksichtigung der Haftpflicht des Staates (Gemeindeverbandes usw.), 1901.

„ Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Bundesstaaten, 2. Aufl., 1909.

„ Einwirkung der Verfassung auf die Haftung des Reichs, Staats usw., in JW 1920 S. 135/6.

Dock: Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, im Arch. öff. R., Bd. 16 S. 244ff.

von Eheberg: Finanzwissenschaft, 18. u. 19. Aufl., 1922.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 1923.

Evers: Die Besteuerung der Betriebe und Verwaltungen nach § 2 Ziffer 3 Körp. St. G. und die beschränkte Steuerpflicht der an ihnen beteiligten Körperschaften des öffentlichen Rechts nach § 3 Abs. 1 Ziffer 2 Körp. St. G., in Steuer und Wirtschaft, 5. Jahrgang, S. 219ff.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 6./7. Aufl., 1922.

Fleischmann: Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Straßensperrung, in Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Bd. 20 S. 286ff und 370ff.

Fraenkel: Haftet in Preußen der Beamte aus rechtswidrigen Handlungen bei Ausübung von Hoheitsrechten dem Geschädigten unmittelbar? Diss. Breslau 1916.

Friedrichs-v. Strauß-Torney: Kommentar zum Baufluchtliniengesetz.

Friedrichs: Das Recht der Versorgungsbetriebe, 1928.

5. Aufl., 1905.

Frost: Die Haftung des Staates für unerlaubte Handlungen seiner Beamten, insbesondere seiner Eisenbahnbeamten, Diss. Breslau 1916.

Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887.
Giese: Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 6. Aufl., 1925.
Grosch: Der Staat als Kontrahent, im Jahrb. d. öff. R., Bd. 5 S. 267ff.

Hatschek: Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuch, in Verw. Arch., Bd. 7 S. 424ff.
„ Deutsches und preußisches Staatsrecht, 1922/3.
„ Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5./6. Aufl., 1927.
Hensel: Steuerrecht, 1924.
Hog-Arens: Die Preußische Gewerbesteuer, 3. Aufl. 1926, 4. Aufl. 1928.
Hollaender: Einkommensteuergesetz und Körperschaftssteuergesetz, 1926.
Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, 23. Aufl., 1926.

Jacobi: Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt und gewerbliche Tätigkeit bei der Umsatzsteuer, in Steuer-Archiv 1926 S. 305ff.
Jellinek, G.: Gesetz und Verordnung, 1887.
„ System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905.
Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913.
„ Verwaltungsrecht, 1928.

Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.
Kirchner: Die Haftung des Staates für Hoheitsakte der Beamten nach deutschem Staatsrecht, Diss. Jena 1926.
Kisch: Elsaß-lothringisches Landesprivatrecht, 1905.
Kleberg: § 75 Einleitung zum allgemeinen Landrecht und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Leipzig 1909.
Kleewitz: Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen unter Berücksichtigung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, 1891.
Koch: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 6. Ausgabe, 1880.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.
Krabbe: Die moderne Staats-Idee, 1919.
von Krais: Zur Frage der Beamtenhaftpflicht, in Blätter für administrative Praxis, Bd. 33 S. 33ff (mit Fortsetzungen) und Bd. 50 S. 289ff.
Krauthause: Die Entschädigung bei rechtmäßigen Einwirkungen der öffentlichen Gewalt auf die Interessensphäre der Privaten nach geltendem Reichs- und Landesrecht, Diss. Kiel 1925.
Kröner: Die Beamtenhaftpflicht im Reiche und in den Bundesstaaten, 1911.
Krukenberg: Die Haftung des Reichsmilitärfiskus, Diss. Heidelberg 1911.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 1911—14.
„ Besprechung: Otto Mayers Theorie des französischen Verwaltungsrechts, im Arch. öff. R. Bd. 2 S. 149 ff.
von Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.
Layer: Principien des Enteignungsrechts, in Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, Bd. 3 1902.
Lindemann: Umsatzsteuergesetz (neueste Fassung) mit den Ausführungsbestimmungen, 4. Aufl., 1926.
Loening: Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, 1879.
„ Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884.
Löser: Bedeutung der öffentlichen Wirtschaft im Rahmen der Gesamtwirtschaft, in Zeitschrift für Kommunalwirtschaft, Heft 18, S. 1619ff, 1928.
Lukas: Die organisatorischen Grundgedanken der neuen Reichsverfassung, 1920.

Mayer: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, in Jahrbuch der Gehestiftung zu Dresden, Bd. 10, 1904.
„ Die Haftung des Staats für rechtswidrige Amtshandlungen, in Sächs. Arch. für Rechtspflege, 8. Jahrgang, S 1ff.
„ Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886.
„ Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 u. 2, 1.—3. Aufl., 1895—1924.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 6. Aufl., 1905.
Nawiasky: Steuerrechtliche Grundfragen, 1926.
„ Grundprobleme der Reichsverfassung, 1. Teil: Das Reich als Bundesstaat, 1928.
Niedner: Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896, 1899.
Nöll-Freund: Das Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 nebst Ausführungsanweisung vom 10. Mai 1894, 7. Aufl., 1910.
Oppenhoff: Die Preußischen Gesetze über die Ressort-Verhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden, 1863.
Piloty: Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, Annalen 1888, S. 245ff.
Popitz: Kommentar zum Umsatzsteuergesetze in der Fassung vom 8. Mai 1926, 3. Aufl., 1928.
Rausse: Rechtsnatur und Durchführung der Steuerpflichten der Gebietskörperschaften nach neuem Reichssteuerrecht, Diss. Münster 1926.
Reger-Dyroff: Handausgabe des Bayrischen Verwaltungsgerichtsgesetzes, 4. Aufl., 1908.
Reichert: Die zivilrechtliche Haftung der Post- und Telegraphen-Beamten, in Arch. öff. R., Bd. 25 S. 200 ff.
Reimer: Beiträge zur Lehre von der Amtshaftpflicht in Preußen und im Reich, Heft 1—3, 1919/20.
„ Die Reichsverfassung und die Beamtenhaftung, in JW 1920 S. 550.
Reisser: Die Haftung des Staats und der Gemeinden für Amtspflicht-Verletzungen der Beamten (besonders des Ortsvorstehers) nach Württb. Recht. Diss. Erlangen 1917.
Reschke: Die rechtliche Stellung der Reichseisenbahngesellschaft, Berlin 1927.
Rosendorff: Das Körperschaftssteuergesetz vom 10. August 1925, in Steuerkommentare der Praxis, Bd. 2, 1925.
Salman: Haftung für Beamte in Preußen und im Reich, 1911.
von Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880.
Schaefer: Die zivilrechtliche Haftpflicht der Lotsen, Diss. Erlangen 1917.
von Schelhorn: Die Amtshaftpflicht gegenüber Dritten nach deutschem und bayrischen Rechte, Annalen 1906 S. 439 ff, 525 ff, 606 ff, 662 ff.
„ Die Amtshaftung (Haftung der Beamten sowie des Reiches, der Länder und Gemeinden aus Amtspflichtverletzungen) in Bücher für Recht, Verwaltung und Wirtschaft, 1925.
Smend: Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, in Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, 1923.
„ Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.
Sohm: Der Begriff des Forderungsrechts, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 4 S. 457ff.
Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912.
von Stengel: Die Haftung des Staats für den durch seine Organe und Beamten Dritten zugefügten Schaden, Annalen 1901, S. 481 ff, 561 ff.
Stern: Die Haftung des Staates für seine Beamten und Angestellten mit besonderer Berücksichtigung der Haftung für Erfüllungsgehülfen bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen, Diss. Münster 1928.
Stier-Somlo: Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeilichem Zustande, in Verw.-Arch., Bd. 6 S. 275ff.
„ Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen, 2. Aufl., 1928.
Strutz: Grundbegriffe des Steuerwesens, 2. Aufl., 1919.

Stölzel: Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, 1897.
„ Die neueste Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, 4. Nachtrag, 1927.
Triepel: Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung, in Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, 1923.
Ullmann: Die Haftung der Reichsbank und der Reichsbahngesellschaft für ihre Beamten, in Beamten-Jahrbuch Bd. 13 S. 335ff.
Walcker: Die Frage der Steuerfreiheit des Reichseinkommens, in Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis, 2. Jahrgang, S. 121 ff.
Waldecker: Allgemeine Staatslehre, 1927.
Wolff: Sachenrecht, 15.—19. Aufl., 1923.
„ Reichsverfassung und Eigentum, in Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, 1923.
Wumkes: Die heutige Haftung der unmittelbaren und mittelbaren Beamten Preußens und des Deutschen Reiches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Greifswald 1917.

Entscheidungen, Zeitschriften usw.

Amtliche Mitteilungen des Reichsfinanzministers.
Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik. München und Leipzig.
Archiv für öffentliches Recht, Tübingen und Leipzig.
Beamten-Jahrbuch, Wissenschaftliche Monatszeitschrift für das Deutsche Berufsbeamtentum, Berlin.
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Berlin.
Blätter für administrative Praxis, München.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Berlin.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Berlin und Leipzig.
Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin.
Drucksachen des Reichstages und des Preußischen Landtages.
Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Breslau.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin und Leipzig.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin.
Entscheidungen des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes, München.
Grünhuts Zeitschrift, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Wien.
Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Tübingen.
Juristische Rundschau, Berlin.
Juristische Wochenschrift, Leipzig.
Justiz-Ministerial-Blatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, Berlin.
Leipziger Zeitschrift für Deutschlands Recht, Leipzig.
Ministerial-Blatt für die Preußische innere Verwaltung, Berlin.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899.
Preußische Gesetzsammlung, Berlin.
Preußisches Verwaltungsblatt, Wochenschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege in Preußen, Berlin.

Reichsgesetzblatt, Berlin.
Reichsministerialblatt (Zentralblatt für das Deutsche Reich), Berlin.
Reichssteuerblatt, Berlin.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege, Leipzig.
Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs, München.
Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, Leipzig.
Stenographische Verhandlungsberichte des Deutschen Reichstages.
Steuer-Archiv, Zeitschrift für das gesamte Steuerwesen, Berlin.
Steuer und Wirtschaft, Stuttgart.
Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Berlin.
Veröffenlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin und Leipzig.
Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin.
Wirtschaft und Statistik, Berlin.
Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des Deutschen öffentlichen Rechts, Berlin.
Zeitschrift für Kommunalwirtschaft, Berlin.

Einleitung.

In der Geschichte des Staats- und Verwaltungsrechts begegnen wir bisweilen Begriffen, die für längere Zeit sowohl in der Theorie als auch in der Praxis eine höchst bedeutsame Rolle spielen. Eines Tages aber tauchen Zweifel an ihrer Daseinsberechtigung auf. Sie werden angefeindet und endlich begräbt man sie, um sich eines Ihering'schen Ausdrucks zu bedienen, auf dem rechtshistorischen Friedhof.

Mitunter aber ergibt sich, daß der Begriff, den man längst überwunden glaubte, wieder auflebt und man ihm, wenn auch vielleicht in veränderter Form, wieder Aufnahme in die Wissenschaft verschafft.

Ein Beispiel für einen solchen Vorgang bietet der Begriff der staatlichen Hoheitsrechte bezw. der der Staatshoheitsverwaltung.

Neben ihm wird, namentlich in neuerer Zeit, sowohl in Gesetzen als auch in der Rechtslehre und Rechtsprechung der Begriff der öffentlichen Gewalt ausgiebig gebraucht. Die vorliegende Arbeit bezweckt nun eine für das öffentliche Recht der Gegenwart, und zwar auf positiv-rechtlicher Grundlage durchgeführte Untersuchung über das Verhältnis des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt" zu dem der „Staatshoheitsverwaltung". Hierbei soll in einem ersten Hauptteile vom Staatshaftungsrecht, bei welchem die Begriffe erhöhte praktische Bedeutung gewinnen, ausgegangen werden. Sodann wird das Verhältnis der beiden Begriffe für das Gebiet eines sich mehr und mehr verselbständigenden Teiles des öffentlichen Rechts, nämlich für das Reichssteuerrecht, näher zu untersuchen sein, wobei hier wie auch in gleicher Weise beim Staatshaftungsrecht die Gesetzesmaterialien und die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs und des Reichsgerichts weitgehende Berücksichtigung finden. In einem dritten Hauptteil soll an Hand der statistischen und der beamtenrechtlichen Literatur zur Themafrage Stellung genommen werden. Die Ergebnisse der angestellten Erörterungen sind in einem Schlußabschnitt zusammengefaßt.

I. Hauptteil.

Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und „Staatshoheitsverwaltung“ im Staatshaftungsrecht.

§ 1. Allgemeiner Überblick.

Die Haftung des Staates und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften für Schädigungen ihrer Beamten bei der Erfüllung der diesen obliegenden Dienstgeschäfte kann vertraglicher oder außervertraglicher Art sein.

Für die vertragliche Haftung der öffentlichen Körperschaften beim Abschluß und bei der Erfüllung von sowohl privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen [1]) Verträgen kommen die §§ 276, 278 BGB. zur Anwendung.

Bei der gesetzlichen Regelung der außervertraglichen Haftung ist zu unterscheiden, ob der Beamte in privatrechtlicher Sphäre gehandelt, d. h. den Staat in seiner Eigenschaft als Fiskus, als privatrechtliches Vermögenssubjekt, vertreten hat, oder ob er in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt tätig geworden ist.

Im ersten Falle kommen die Vorschriften der §§ 31, 89, 831, 823 BGB. zur Anwendung. Für die nachfolgende Betrachtung scheiden sie aus.

Die Erörterung der Beamten- bezw. Staatshaftung für durch Akte der öffentlichen Gewalt herbeigeführte Vermögensbeeinträchtigungen dritter Personen hat der Einteilung der Staatswillensakte in rechtmäßige und in fehlerhafte Rechnung

1) Vgl. Loening, Die Haftung des Staates, S. 132; Grosch im Jahrbuch des öffentl. Rechts 1911, S. 274 f; Fleiner a. a. O. S. 199—204; Laband, Staatsrecht, Bd. 2 S. 188 ff; Frost a. a. O. S. 41—43. Die Anwendbarkeit des § 276 BGB. bei den auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhenden Vertragsverhältnissen ist vom Reichsgericht schon verhältnismäßig früh angenommen worden (Bd. 65 S. 117). Die Frage, ob aber auch § 278 BGB. bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten Platz greift, ist zunächst verneint (RG. Bd. 59 S. 197), neuestens aber in der grundsätzlichen Entscheidung vom 8. Januar 1926 (Bd. 112 S. 290) bejaht worden. Vgl. darüber jetzt Stern a. a. O.

zu tragen. Zur Darstellung gelangt zunächst die Haftung für solche Staatsakte, die neben der objektiven Fehlerhaftigkeit noch ein Verschulden des Beamten fordern. Im Anschluß daran wird die Haftung des Staates für Vermögensbeschädigungen bei rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt behandelt werden.

Der Begriff der öffentlichen Gewalt läßt sich im Anschluß an Delius[2]) bestimmen als die öffentlichen Zwecken gewidmete, auf öffentlich-rechtlicher Grundlage fußende Amtstätigkeit, sei sie zwingender oder fürsorgender Art, die unmittelbar oder mittelbar nach außen gerichtet ist, in die Verhältnisse Dritter eingreift. Beide Arten, Zwang und Fürsorge, füllen den Begriff der öffentlichen Gewalt aus.[3]) Dabei ist der Ausdruck Fürsorge im weitesten Sinne zu nehmen, so daß darunter beispielsweise auch Akte staatlichen Schutzes und nicht zwangsmäßige Akte der Beurkundung und Beaufsichtigung fallen. Unter diesem Gesichtspunkt ist also die Tätigkeit des Standesbeamten und des Notars, die Tätigkeit der Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und des Gemeindevorstehers bei der Aufnahme von Nottestamenten sowie ferner die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers im Zustellungsverfahren und bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung in gleicher Weise dem Bereich der öffentlichen Gewalt zuzurechnen wie etwa die öffentlichen Zwecken dienende, auf öffentlich-rechtlichem Gebiete liegende Amtstätigkeit der Lehrer, die bei den im Interesse der Schuldisziplin getroffenen Anordnungen zu Tage tritt.

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß bei ihnen die unmittelbare Verwirklichung staatlicher Aufgaben in Frage steht. Bei der Ausübung staatlicher Zwangsgewalt trifft das ebenso zu wie bei der fürsorgenden Tätigkeit. Zwar bezweckt letztere in erster Linie die Förderung des Wohles des Einzelnen, schließlich aber damit auch zugleich das Wohl der Gesamtheit.

Wenn wir innerhalb des Begriffs der öffentlichen Gewalt rein äußerlich die Zwangsgewalt von der Fürsorgetätigkeit geschieden haben, so ist damit nicht gesagt, daß diese Scheidung nun überall rein durchzuführen wäre. Manchmal wird es so sein, daß die staatliche Tätigkeit auf dem Gebiete der Fürsorge zunächst des Zwangscharakters entbehrt, später aber, wenn dies zur Erreichung des Ziels erforderlich erscheint, die Be-

---

2) Preuß. Verw. Bl. Bd. 45 S. 349.

3) So übereinstimmend die Rechtslehre (vgl. z. B. die bei Reimer, Beiträge, Heft 1, S. 20 angeführten Schriftsteller, neuestens Stern a. a. O. S. 8, 9, mit weiterer Literaturangabe) und die ständige Rechtsprechung der Gerichte (siehe unten § 7, Anmerkung 1—4).

fehls- und Zwangsgewalt des Staates doch noch in Bewegung gesetzt wird. Daran ist aber festzuhalten, daß das Vorliegen öffentlicher Gewalt nicht um deswillen in Abrede gestellt werden kann, weil die konkrete Handlung oder Unterlassung nicht unmittelbar in Ausübung eines staatlichen Zwangsrechtes erfolgt.

So mißlich es auch ist, einen Begriff verneinend umschreiben zu müssen, gerade bei dem Begriff der öffentlichen Gewalt dürfte es nicht zu umgehen sein, zu seiner völligen Klarstellung die ihm nicht zuzurechnende, der Ausübung öffentlicher Gewalt begrifflich gegenüberzustellende Tätigkeit, nämlich die staatlichen Verrichtungen im Gebiete des bürgerlichen Rechtsverkehrs, in den Kreis der Erörterungen zu ziehen. Doch davon später. (S. 5.)

Hier sei nur noch erwähnt, daß sich öffentliche Gewalt in dem oben angeführten Sinne auf jedem Gebiet staatlicher Tätigkeit äußert. Gesetzgebung und Rechtsprechung fallen ihrem ganzen Umfange nach in den Bereich der öffentlichen Gewalt. Schwierigkeiten ergeben sich also bloß im Gebiete der Verwaltung. Der Staat und die ihm eingegliederten öffentlichen Verbände bedienen sich nämlich zur Erledigung ihrer Aufgaben einmal der privatrechtlichen Mittel, wie sie jedem Bürger zu Gebote stehen. Sodann besitzen sie, und das ist für die öffentlichen Verbände charakteristisch, ursprüngliche bezw. abgeleitete Herrschermacht, worunter die Fähigkeit zu verstehen ist, freien Menschen mit zwingender Kraft zu befehlen.[3a]) Soweit nun der Staat oder ein anderer öffentlicher Verband in der Verwaltung seine Herrschermacht zur Geltung bringt, da handelt es sich um Ausübung öffentlicher Gewalt. Ob das eine oder andere der Fall ist, kann oft zweifelhaft sein. Der tiefere Grund hierfür ist in der Schwierigkeit der Abgrenzung des privaten Rechts vom öffentlichen zu suchen.

Keinen sachlichen Unterschied bedeutet es auch, wenn der Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt durch Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt[4]) ersetzt wird.

Statt von öffentlicher Gewalt von öffentlicher Verwaltung zu sprechen empfiehlt sich selbst dann nicht, wenn man mit Popitz[5]) das Wort Verwaltung im weitesten, auch die Rechtsprechung umfassenden Sinne nimmt, weil hierbei die gesetzgeberische Tätigkeit, die doch auch dem Gebiete der öffentlichen Gewalt angehört, keine Berücksichtigung findet.

3a) Laband im Arch. f. öff. R., Bd. 2 S. 159.
4) Popitz a. a. O. S. 343; Jacobi im Steuer-Archiv 1926 S. 305 ff.
5) a. a. O. S. 343.

Tätigkeit im obrigkeitlichen Wirkungskreise, Ausübung obrigkeitlicher Gewalt, ist im wesentlichen gleichbedeutend mit Ausübung öffentlicher Gewalt.[6]) Nur insoweit besteht eine geringe Abweichung, als von obrigkeitlicher Tätigkeit vornehmlich dann die Rede ist, wenn ein ganzer Zweig staatlicher Tätigkeit Funktionen der öffentlichen Gewalt wahrnimmt.

In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß es keinen Akt staatlicher bezw. gemeindlicher Tätigkeit gibt, der nicht entweder auf dem Gebiete der öffentlichen Gewalt oder auf privatwirtschaftlichem Gebiete liegt.[7]) Ihr ist zuzustimmen. Man wird also annehmen dürfen, daß sich die Gegensätze zwischen Ausübung öffentlicher Gewalt und sonstiger Lebensäußerung des Staates bzw. der übrigen Gebietskörperschaften sowie zwischen Tätigkeit auf öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Gebiete decken.[8])

Es fragt sich nun aber, wann wir es mit einer öffentlich-rechtlichen, wann mit einer privatrechtlich geordneten Beziehung zu tun haben. In der Kommission der zweiten Lesung zum BGB. wollte ein Antrag, der zu dem jetzigen § 89 BGB. gestellt wurde, das bürgerliche Recht dann angewandt wissen, „wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts in ein Verhältnis des bürgerlichen Rechts eintritt und die Verrichtung sich auf ein Verhältnis dieser Art bezieht“[9]). Mit dieser Formulierung, die zudem noch ungenau ist, kommt man aber nicht weiter. Grundsätzlich werden wir von unserem heutigen Standpunkt aus sagen müssen, daß es auf die Art der Geschäfte, welche die Beamten der öffentlichen Verbände vornehmen, ankommt. Also: „die Art der Gechäfte zieht die Grenzlinie“.[10]) Bei der Grenzziehung ist davon auszugehen, daß für die Rechtsbeziehungen des Staates und der übrigen

6) Anders von Krais a. a. O. Bd. 50 S. 297 f („Öffentliche Gewalt ist . . . jede obrigkeitliche oder (!) doch unmittelbar auf Verwirklichung von öffentlichen (Staats- oder Verbands-) Zwecken gerichtete und zur Erfüllung dieser Aufgaben mit gewissen Zwangsbefugnissen gesetzlich ausgestattete Amtstätigkeit . . .“).

7) Reimer a. a. O. Heft 1 S. 15, Randziffer 10 c; O. Mayer, D. Verw. R., Bd. 2 (2. Aufl.), S. 513 f, Anm. 32.

8) A. A. Reger-Dyroff a. a. O. S. 182: zwar liege jede Tätigkeit öffentlicher Gewalt auf öffentlich-rechtlichem Gebiete, doch sei nicht jede Tätigkeit auf diesem Übung öffentlicher Gewalt. Auch sei nicht jede rein wirtschaftliche oder mit der Tätigkeit von Privaten auf einer Stufe stehende Tätigkeit Tätigkeit auf privatrechtlichem Gebiete. Dagegen Schelhorn a. a. O. S. 460 f.

9) Prot. Bd. 1 S. 607.

10) Otto Mayer im Sächs. Arch. a. a. O. S. 9.

öffentlichen Verbände im allgemeinen das diesen Körperschaften eigentümliche, ihnen angemessene öffentliche Recht Anwendung findet, daß sie dem Zivilrecht nur dann unterliegen, wenn hierfür ein besonderer Grund vorliegt, „der Umstand nämlich, daß der Staat, seine Natur verleugnend, sich heruntergegeben hat zum gewöhnlichen Privatmann, um wie ein solcher und in privatwirtschaftlicher Weise Geschäfte zu besorgen". [11]) In diesem Fall, wo also der Staat oder ein sonstiger öffentlicher Verband als Gleicher zum Gleichen auftritt, ist das Privatrecht bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses maßgebend. Wo dagegen der öffentliche Verband als Übergeordneter zum Untergeordneten auftritt, kommt öffentliches Recht zur Anwendung.

Zwei Momente bedingen hiernach die Anwendbarkeit des Zivilrechts: es müssen privatwirtschaftliche (vermögensrechtliche) Gegenstände sein, die in privatwirtschaftlicher Form behandelt werden. Die Beschaffung und Verwaltung des Vermögens muß vollkommen den Geschäften jedes Privaten, so wie er sie über den nämlichen Gegenstand schließen könnte, gleichen. Es sei bemerkt, daß, soweit dies zutrifft, man die staatlichen Verwaltung — Gesetzgebung und Rechtsprechung scheiden wegen des Mangels an geldwerten Rechtsbeziehungen aus — wohl auch als „soziale Verwaltung" oder „gesellschaftliche Verwaltung" bezeichnet. [12]) Diese Ausdrucksweise empfiehlt sich indessen wegen der Sonderbedeutung des Wortes „sozial" und der Vieldeutigkeit des Wortes „Gesellschaft" nicht. [13])

Entsprechend der Vielgestaltigkeit der wirtschaftlichen Rechtsverhältnisse zeigen die Wirtschaftsverwaltungen der öffentlichen Körperschaften einen mannigfaltigen Charakter. Der staatlichen Verwaltung unterliegen beispielsweise Eisenbahnen, Post- und Telegraphenbetriebe, Bergwerke, Hütten, Stickstoff- und Aluminiumwerke, Porzellanfabriken, Werften, Docks, Bierbrauereien, Salinen, Domänen, Forste, Mühlen, Bäckereien und unzählige handwerksmäßige Betriebe. Bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden spielen eine Hauptrolle Elektrizitäts-, Gas-, und Wasserwerke, Schlachthäuser, Straßenbahnunternehmungen, Häfen, Kaianlagen, Markthallen, Leihhäuser, Desinfektions-, Reinigungs- und Badeanstalten, Kur-, Kranken- und Irrenhäuser, Invaliden- und Altersheime, Sparkassen, Hotels, Herbergen, Theater u. dgl.

---

11) Otto Mayer a. a. O. S. 5.
12) G. Jellinek, Allg. St. L., S. 622 ff; Popitz a. a. O. S. 350.
13) W. Jellinek, Verw. R., S. 21.

Es ist jedoch nicht gesagt, daß in allen vorerwähnten und ähnlichen Fällen stets nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilende Veranstaltungen in Frage stehen. Eine Reihe von ihnen, etwa Häfen, Kaianlagen, Markthallen, Leih- und Schlachthäuser können und werden vielfach in der Form echter öffentlicher Anstalten betrieben. Sofern dies zutrifft, handeln die mit der Regelung der Verwaltung und Benutzung betrauten Beamten nicht in privatrechtlicher, fiskalischer Vertretung, sondern, wie weiter unten (S. 29 ff) näher ausgeführt werden wird, in Ausübung der öffentlichen Gewalt. So beispielsweise auch bei der Wegebauverwaltung.

In welchem Verhältnis steht nun der Begriff „Staatshoheitsverwaltung“ oder damit gleichbedeutend „Ausübung staatlicher Hoheitsrechte“ zum Begriff der öffentlichen Gewalt? Es ist damit die Frage gestellt, ob sich die beiden Begriffe decken oder nicht.

Die Ausdrücke Hoheitsrecht und Hoheitsverwaltung sind, nachdem sie im Zeitalter des aufkeimenden Polizeistaats bei dem Umwandlungsprozeß der mannigfaltig gebundenen landesherrlichen Kompetenzen zur absolutistischen Staatsgewalt eine überragende Bedeutung gespielt hatten („Periode der landesherrlichen Hoheitsrechte“!), später mit Beginn der rechtsstaatlichen Entwicklung mehr und mehr außer Kurs gesetzt worden und schließlich ganz aus dem Gebrauche gekommen. Erst in neuerer Zeit hat man, zuerst in der Literatur, dann auch in der Rechtsprechung, in der Gesetzessprache jedoch nur vereinzelt wieder auf sie zurückgegriffen und zwar, soviel ich sehe, vornehmlich im Beamtenrecht, um die mit der Wahrnehmung staatlicher Verrichtungen in privatrechtlicher Wirksamkeit betrauten Beamten von denjenigen Beamten zu scheiden, die es mit der Handhabung der öffentlichen Gewalt zu tun haben. Man bildete so den notwendigen Gegensatz zwischen den Beamten der „Betriebsverwaltung“ einerseits, den der „Hoheitsverwaltung“ andererseits.

Unter Ablehnung der von Hatschek[14]) und Triepel[15]) aufgestellten Theorie, wonach die Akte der Staatshoheitsverwaltung gegenüber den „reinen“ oder „gewöhnlichen“ Verwaltungsakten mit besonderen rechtlichen Eigenschaften ausgestattet sind, muß, um hier schon das Ergebnis der nachfolgenden Darstellung vorwegzunehmen, behauptet werden, daß nach heutigem Sprachgebrauch Ausübung öffentlicher Gewalt und Betätigung der Staatshoheitsverwaltung dasselbe besagen. Als Ausübung staatlicher Hoheitsrechte oder

14) Verw. R. § 7.
15) a. a. O. S. 99.

Staatshoheitsverwaltung hat man im modernen Rechtssystem die auf individuell bestimmte Seiten des Gemeinlebens gerichtete Tätigkeit der unteilbaren Staatsgewalt zu verstehen, einerlei ob es sich hierbei um Ausübung staatlicher Zwangsgewalt oder um Fürsorge- oder Schutztätigkeit im weitesten Sinne handelt. Eine Einschränkung dahin zu machen, als müßten Tätigkeiten hoheitlicher Natur notgedrungen in Ausübung von staatlichen Befehlen oder Zwangsmaßnahmen erfolgen,[16]) erscheint nicht angängig, wenngleich nicht unerwähnt bleiben soll, daß dies vielfach unbewußt geschieht.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht findet ihre zureichende Begründung für das im ersten Hauptteile der Arbeit zu behandelnde Gebiet einmal in dem Wortlaut der verschiedenen Staatshaftungsgesetze in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien und ferner in der zu diesen Gesetzen ergangenen Rechtsprechung.

I. Kapitel.

Die Haftung des Staates für Amtsdelikte bei Ausübung der Staatsgewalt.

1. Abschnitt.

Die Haftung des Staates bis zur Reichsverfassung von 1919.

§ 2. Die Haftung der Bundesstaaten.

Das BGB selbst hat das Staatshaftungsrecht absichtlich nicht geregelt. Man ging von der Erwägung aus, daß die Frage dem öffentlichen Recht angehöre und der zuständigen einzelstaatlichen Gesetzgebung nicht vorgegriffen werden solle und begnügte sich mit der persönlichen Haftung des Beamten in den Fällen der §§ 839, 1674, 1848, stellte es aber den Einzelstaaten frei, auf Grund der Vorbehalte im Einf.-Gesetz die Beamtenhaftung durch die Staatshaftung zu ersetzen. Von Reichs wegen wurde eine Haftung des Staates an Stelle des Beamten

16) So anscheinend Stern a. a. O. S. 14 oben.

nur in Grundbuchsachen festgelegt (Art. 1 EGBGB. § 12 der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897, RGBl. S. 139).[1])

Die meist in den Ausführungsgesetzen zum BGB zum Teil auch in besonderen Gesetzen erlassenen Vorschriften der Einzelstaaten bezüglich der Übernahme der Beamtenhaftung auf den Staat stellen sich als durch Art. 77, 78, 218 EGBGB. erlaubte Modifikationen des § 839 BGB dar. Je nach ihrer Einstellung zur Frage der Staatshaftung überhaupt kann man unterscheiden zwischen Staaten mit primärer und subsidiärer Haftung und solchen, die die Haftung stillschweigend oder ausdrücklich ablehnten.

Zur Gruppe derjenigen Staaten, die grundsätzlich den Staat[2]) an Stelle des Beamten haften ließen, gehörten Baden[3]), Bayern[4]), Württemberg[5]), Reuß j. L.[6]), Sachsen-Altenburg[7]), Sachsen-Coburg und Gotha[8]), Oldenburg[9]) und Preußen[10]). Die Formulierung ist — so weit hier von Interesse — in den Gesetzen der drei

---

1) Die Ausführungsgesetze der Bundesstaaten zu diesem Gesetz sind im einzelnen bei Dock a. a. O. S. 275 verzeichnet.

2) Was hier und im folgenden von der Staatshaftung gesagt ist, gilt entsprechend für die Haftung der Gemeinden und Gemeindeverbände (vgl. Art. 77 EGBGB).

3) Gesetz, die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend, vom 17. Juni 1899 (Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Großherzogtum Baden 1899 Nr. XXII vom 28. Juni 1899).

4) Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 9. Juni 1899 (Beilage zum Gesetz- und Verordnungsblatte 1899 Nr. 28 vom 12. Juni 1899).

5) Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zu dessen Nebengesetzen, vom 28. Juli 1899 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1899 Nr. 22 vom 9. August 1899).

6) Gesetz vom 10. August 1899, die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896 und des Einführungsgesetzes dazu von demselben Tage betreffend (Gesetzsammlung für das Fürstentum Reuß j. L. Nr. 580).

7) Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 4. Mai 1899 (Herzoglich-Sachsen-Altenburgischen Gesetzsammlung 1899 Stück V Nr.. 23 vom 25. Mai 1899).

8) Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, vom 20. November 1899 (Gesetz-Sammlung für das Herzogtum Gotha 1899 Nr. 29, gemeinschaftliche Gesetzsammlung für die Herzogtümer Coburg und Gotha Nr. 629).

9) Gesetz, betr. die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 22. Dezember 1908 (Gesetzblatt für das Herzogtum Oldenburg Bd. 23 S. 1110).

10) Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung öffentlicher Gewalt vom 1. August 1909 (Gesetzsammlung S. 691) nebst Ergänzungsgesetz vom 14. Mai 1914 (Gesetzsammlung S. 117).

zuerst genannten Staaten [11]) die gleiche: „Verletzt ein Beamter des Staates . . . in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft . . . die . . . Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat . . .“ Auch Reuß j. L. [12]) spricht von einer Schadenszufügung eines Beamten „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“. Das Gesetz von Sachsen-Coburg und Gotha [13]) begnügt sich mit dem Hinweis auf §§ 839, 1674, 1848 BGB., dasjenige von Sachsen-Altenburg [14]) nimmt nur auf § 839 BGB. Bezug. Im Gegensatz zum oldenburgischen [15]) und preußischen [16]) Gesetz, wo in gleicher Weise von einer Haftung für Amtspflichtverletzungen „bei Ausübung der öffentlichen Gewalt“ die Rede ist, findet in den vorgenannten Fällen der Ausdruck „öffentliche Gewalt“ keine Verwendung.

Eine nur subsidiäre Staatshaftung führten ein: Elsaß-Lothringen [17]), Hessen [18]), Schwarzburg-Sondershausen [19]), Sachsen-Weimar-Eisenach [20]) und Reuß ä. L. [21]). So bestimmte Art. 78 Abs. 1 Satz 1 des hessischen Gesetzes: „Für den Schaden, den ein Beamter (Artikel 77) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zufügt, ist der Staat

---

11) Baden: Art. 5. Abs. 1 a. a. O.
Bayern: Art. 60 Abs. 1 a. a. O.
Württemberg: Art. 202 Abs. 1 a. a. O.

12) § 48 Abs. 1 a. a. O.

13) Art. 18 § 1 Abs. 1 a. a. O.

14) § 28 Abs. 1 a. a. O.

15) § 1 a. a. O.

16) § 1 Abs. 1 a. a. O.

17) Gesetz, betreffend die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Elsaß-Lothringen vom 17. April 1899 (Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen 1899, Nr. 6, in der durch Bekanntmachung vom 22. Dezember 1899 veröffentlichten Fassung, Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen 1900 Nr. 1).

18) Gesetz, die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend, vom 17. Juli 1899 (Großherzoglich Hessisches Regierungsblatt 1899 Nr. 24 vom 22. Juli 1899).

19) Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 19. Juli 1899 (Gesetz-Sammlung für das Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen 1899 Stück 6 Nr. 13).

20) Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 5. April 1899 (Reg.-Blatt für das Herzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach Nr. 13 vom 4. Mai 1899).

21) Gesetz vom 26. Oktober 1899, die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896 und des Einführungsgesetzes von demselben Tage betreffend (Gesetzsammlung für das Fürstentum Reuß ä. L. 1899 Nr. 7).

oder der Verband, für den der Beamte tätig war, in gleicher Weise, wie der Beamte verantwortlich". Fast den gleichen Wortlaut wies § 40 Abs. 1 des elsaß-lothringischen Gesetzes auf. Während die Bestimmungen über die Staatshaftung in Sachsen-Weimar-Eisenach [22]) und Reuß ä. L. [23]) übereinstimmend von einer Ersatzpflicht des Staates, der Gemeinde und anderer Kommunalverbände für den von ihren Beamten „in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt" sprachen, fehlte in Schwarzburg-Sondershausen [24]) ein entsprechender ausdrücklicher Hinweis. Dem Sinne nach war aber auch hier dasselbe gemeint; das bezeugt die Anführung der Vorschrift des § 839 BGB. In Sachsen sah man angesichts des bestehenden Gewohnheitsrechts, nach welchem der Staat neben dem schuldigen Beamten haftete, von einer gesetzlichen Fixierung der Staatshaftung ab.

Mecklenburg-Schwerin [25]) und Mecklenburg-Strelitz [26]) verordneten: „Für den von einem landesherrlichen Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden haftet der landesherrliche Fiskus nur insoweit, als eine solche Haftung durch Reichsgesetz oder für gewisse Rechtsverhältnisse durch Landesgesetz vorgeschrieben ist.

Die Vorschrift des vorstehenden Absatzes findet auch auf Körperschaften des öffentlichen Rechtes Anwendung, wenn von einem in ihren Diensten stehenden Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt ein Schaden zugefügt ist". Dieser Regelung schloß sich Anhalt [27]) an. Hier (Art. 32 Abs. 1 a. a. O.) war nämlich bestimmt: „Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zufügt, haftet der Staat, die Gemeinde oder der Kommunalverband, in deren Dienste der Beamte steht, nur insoweit, als eine solche Haftung durch Reichs- oder Landesgesetze vorgeschrieben ist". Damit war sachlich der Aus-

22) § 91 Abs. 1 a. a. O.
23) § 69 Abs. 1 a. a. O.
24) Art. 19 § 1 a. a. O.
25) Verordnung vom 9. April 1899 zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Regierungs-Blatt für das Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin 1899 Nr. 13), § 49 Abs. 1 und 2.
26) Verordnung zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 9. April 1899 (Großherzoglich Mecklenburg-Strelitzer Officieller Anzeiger für Gesetzgebung und Staatsverwaltung im Fürstentum Ratzeburg 1899 Nr. 9 vom 16. Juni 1899), § 48 Abs. 1 und 2.
27) Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. April 1899 (Gesetzsammlung für das Herzogtum Anhalt 1899 Nr. 1038).

schluß der allgemeinen Staatshaftung und die Aufhebung eines eventuellen Gewohnheitsrechts gegeben. Es verblieb demnach bei der persönlichen Haftung des Beamten aus § 839 BGB. Das Gleiche galt für Sachsen-Meiningen und Schwarzburg-Rudolstadt, wo keinerlei Bestimmungen über die Haftung des Staates an Stelle oder neben dem Beamten getroffen wurden.

§ 3. Die Haftung des Reichs.

Die Entscheidung darüber, ob und gegebenenfalls in welcher Weise das Reich für die Schäden zu haften habe, welche die Reichsbeamten durch rechtswidrige Ausübung der öffentlichen Gewalt anrichteten, war nach den für die Haftung der Einzelstaaten bestehenden Bestimmungen zu treffen.[1]) Diese aber wichen, wie wir gesehen haben, teilweise erheblich voneinander ab. So konnte es sich ergeben, daß derselbe Tatbestand in den einzelnen Rechtsgebieten durchaus verschiedene Rechtsfolgen hatte.

Diesen unhaltbaren Zustand beseitigte das Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910 (RGBl. S. 798). § 1 Abs. 1 desselben bestimmte:

> „Verletzt ein Reichsbeamter (§ 1 des Reichsbeamtengesetzes) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten das Reich".

Die Staatshaftung entfiel für das Verhalten solcher Beamten, die, abgesehen von der Entschädigung für Dienstaufwand, auf den Bezug von Gebühren angewiesen waren (§ 5 Ziffer 1 a. a. O.) und für die mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten (§ 5 Ziffer 2 a. a. O.). Hier hafteten die Beamten persönlich für den Schaden.[2]) Nach § 6 des Gesetzes blieben ferner unberührt die Vorschriften anderer Reichsgesetze, soweit sie für bestimmte Fälle die Haftung des Reichs ausschlossen. Als derartige Sondergesetze kamen namentlich in Betracht das Gesetz über das Postwesen des Deut-

1) Literatur und Rechtsprechung bei Reimer a. a. O. Heft 1 S. 10 Ziffer 3.
2) Laband, Staatsrecht, Bd. 1 S. 479 f; Kröner a. a. O. S. 13; W. Jellinek, Verw. R., 317; ebenso RG Bd. 102 S. 173.

schen Reiches vom 28. Oktober 1871 (RGBl. S. 347, §§ 6—12), § 21 der Telegraphenordnung vom 16. Juni 1904 (Zentralblatt S. 229) und § 4 des Gesetzes betr. die Erleichterung des Wechselprotestes vom 13. Mai 1908 (RGBl. S. 321).[3])

§ 4. Der Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt nach den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zum Preußischen Gesetz von 1909 und zum Reichsgesetz von 1910.

1. § 839 BGB. Abs. 1 bestimmt:

„Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag".

Diese Vorschrift regelt die Haftung der Beamten, sofern diese in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten schuldhaft und widerrechtlich Schaden zufügen. Daß es sich um amtliche Tätigkeitsäußerungen handeln muß, die dem öffentlich rechtlichen Gebiete angehören, ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung nicht bestritten,[1]) ergibt sich überdies auch schon aus der Erwägung, daß die Ersatzpflicht für außervertragliche Schadenszufügungen, die der privatrechtlichen Sphäre angehören, abschließend in den §§ 31, 89, 831, 823 BGB normiert ist. Da nun jede Amtsausübung, die sich nicht als Wahrnehmung privater Interessen des Staates darstellt, in den Bereich der öffentlichen Gewalt fällt,[1a]) so folgt daraus, daß § 839 BGB als Gegenstück zu den §§ 31, 89, 831, 823 BGB nur solche Fälle im Auge haben kann, wo die öffentliche Gewalt in einer einem Dritten Schaden verursachenden Weise fehlerhaft in die Erscheinung getreten ist.

§ 839 BGB ist ohne erhebliche Änderungen der Regierungsvorlage Gesetz geworden. Ebensowenig wie hier ist in dem Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Bearbeitung der 1. (§ 736) und der 2. Kommission (§ 762) von Ausübung

3) Ausführlich über die Haftung der Post- und Telegraphenarbeiter: Reichert, a. a. O. — Dieser Rechtszustand ist durch Art. 131 RV. nicht geändert worden, vgl. RG in DJZtg. 1924 S. 141/42.

1) Siehe z. B. v. Schlehborn, Die Amtshaftung, S. 26; O. Mayer im Sächs. Arch. a. a. O. S. 9; Reichert a. a. O.

1a) Vgl. RG Bd. 84 S. 28; Bd. 86 S. 122; Bd. 91 S. 273; Stern a. a. O. S. 16 f. und 32 f. Siehe auch oben S. 5.

öffentlicher Gewalt die Rede. Doch findet sich in dem Entwurf 2. Lesung (nach den Beschlüssen der Redaktionskommission) in einer Anmerkung zu § 763 schon ein bemerkenswerter Hinweis auf den jetzigen Art. 77 des Einführungsgesetzes. Dort heißt es: [2]) „Der Artikel 56 des Entwurfs des Einführungsgesetzes [3]) soll folgende Fassung erhalten: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten Schadensersatz zu verlangen, insoweit ausschließen, als eine solche Haftung besteht". Dementsprechend lautete — mit einigen hier nicht interessierenden, sachlich unerheblichen Abweichungen — dann auch Art. 74 EG. zweiter Lesung, der unverändert angenommen wurde.

In den Motiven zu § 736 des 1. Entwurfs [4]) wird der Ausdruck öffentliche Gewalt nicht gebraucht. Wir finden immer nur die Wendung: Verletzung der Amtspflicht. Dagegen ist die oben angedeutete Scheidung der beiden staatlichen Wirkungskreise klar herausgestellt in den Motiven zu § 46 des 1. Entwurfs: [5]),,Die Vorschrift hat für private wie öffentlich-rechtliche Körperschaften Geltung. Es liegt kein Grund vor, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anderen Grundsätzen zu unterstellen als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die öffentlich-rechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat bezw. eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufüge, bleibt unberührt und beantwortet sich nach den Landesgesetzen". Ganz ähnlich verhalten sich die Motive zu Art. 56 des 1. Entwurfs des Einführungsgesetzes. [6]) Hier wird ausgeführt: „Diese Haftpflicht (nämlich aus §§ 46, 63, jetzt 31, 89 BGB.) bezieht sich jedoch nur auf solche Handlungen, welche ein Beamter in Ausübung der ihm in privatrechtlichen Ver-

2) Amtliche Ausgabe, Berlin 1894, S. 240 Anm. 1 Ziff. 1.

3) „Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Haftung des Staats, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihnen zugefügten Schaden, unbeschadet der Vorschriften der §§ 46, 63 des Bürgerlichen Gesetzbuchs" (jetzt §§ 31 89 BGB).

4) Bd. 2 S. 819 ff.

5) Bd. 1 S. 103.

6) Motive S. 185. Wegen des Wortlauts vgl. Anm. 3.

hältnissen zustehenden Vertretungsmacht begeht. Die Frage, ob und inwieweit der Staat und die Gemeinden als Träger öffentlicher Machtbefugnisse den der Amtsgewalt Unterworfenen oder Dritten zufügt, wird durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht entschieden".

Im übrigen hat der Begriff der öffentlichen Gewalt bei den Beratungen des BGB. keine besondere Rolle gespielt. Abgesehen vielleicht davon, daß bei der Kommissionsberatung des jetzigen § 89 für den Fall, daß beschlossen werden sollte, die Körperschaft hafte auch für diejenige zum Schadensersatz verpflichtende Handlung, die ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorgenommen hat, ein Antrag folgenden Inhalts gestellt wurde: [7]) „Die Vorschrift des § 46 (jetzt § 31 BGB.) findet auch dann Anwendung, wenn die zum Schadensersatze verpflichtende Handlung in Ausführung von Verrichtungen begangen worden ist, welche ein Vertreter kraft einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt (oder: kraft öffentlicher Machtbefugnisse) vorzunehmen hatte". Die Aufnahme einer die Haftpflicht bejahenden Vorschrift wurde indessen bei der Beschlußfassung mit 8 gegen 8 Stimmen unter Stichentscheidung des Vorsitzenden abgelehnt. [8])

2. In dem von der preußischen Regierung in der 20. Legislaturperiode der 4. Session 1907/8 dem Abgeordnetenhause vorgelegten, wegen Vertagung des Landtages jedoch nicht erledigten Entwurfs bezüglich der Übernahme der Haftung der Beamten auf den Staat bezw. die Gemeinde (Gemeindeverbände) sind die dem Gebiet der öffentlichen Gewalt angehörenden Staatsakte in verschiedener Weise umschrieben. So wird u. a. gesprochen von einer „Haftung des Staates und anderer öffentlicher Verbände für hoheitsrechtliche Handlungen ihrer Beamten", [9]) von einer „Haftung . . . für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden", [10]) von einer „Verantwortlichkeit für Staatshoheitsakte", [11]) von einem „Einstehen des Staates und anderer öffentlicher Verbände für Versehen ihrer Beamten bei Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse". [12]) Sämtliche Wendungen

7) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB., Bd. 1, S. 608.
8) a. a. O. S. 611.
9) Drucksachen des Preußischen Abgeordnetenhauses, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, 20. Legislaturperiode, 4. Session 1907/8, Nr. 185, S. 2662, 2663.
10) a. a. O. S. 2664.
11) a. a. O. S. 2663.
12) a. a. O. S. 2664.

wollen, und das bedarf besonderer Hervorhebung, bloß Umschreibungen für den Begriff der öffentlichen Gewalt sein. In diesem Sinne ist denn auch von „dem im Entwurfe behandelten Gebiete der Ausübung öffentlicher Gewalt" die Rede.[13]) Zu dem Begriff selbst ist ausdrücklich nirgends Stellung genommen. Beiläufig nur wird erwähnt, daß, wenn auch die Lehrtätigkeit als solche mit den Herrschaftsrechten des Staates nichts zu tun habe, doch den öffentlichen Lehrern in anderer Beziehung, nämlich auf dem Gebiete der Schuldisziplin, die Ausübung öffentlicher Gewalt zustehe. Diese betätige sich hier besonders durch das Züchtigungsrecht, das den öffentlichen Lehrern kraft ihres Amtes zukomme.[14])

Der von der Regierung am 29. Oktober 1908 eingebrachte neue Entwurf enthält gegenüber dem ersten keine hier nennenswerten Abweichungen.

In den Beratungen des Abgeordneten-[15]) und Herrenhauses[16]) ist man ebenfalls auf den Begriff der öffentlichen Gewalt selbst nicht näher eingegangen. Es mag dies vielleicht zurückzuführen sein auf die Äußerung eines Vertreters des Justizministeriums in der Justizkommission, an die der Entwurf nach der ersten Beratung verwiesen wurde. Bei der Besprechung des § 1 führte dieser aus, daß der Ausdruck „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt" dem Art. 77 EGBGB. entnommen sei und ihm hätte entnommen werden müssen, da die Landesgesetzgebung nur in den Grenzen des dort umschriebenen Vorbehalts vorgehen könne; er unterliege daher der Auslegung der Gerichte, nicht der Erläuterung durch die Landesgesetzgebung.[17]) Demgemäß beschränkten sich die Beratungen auf einige Spezialfälle. So wurde insbesondere darüber gestritten, ob und inwieweit den Fleischbeschauern, Zwangslotsen und Kreisärzten öffentliche Gewalt anvertraut sei. Übereinstimmung bestand darin, daß die Lehrer und Notare an sich unter das Gesetz fallen würden. Zu grundsätzlichen Erörterungen ist es im Verlaufe der weiteren Verhandlungen nicht mehr gekommen.

3. Aus der Begründung zu dem „Entwurf eines Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten"[18]) verdient ein Teil der Ausführungen zu § 1 des Gesetzes seiner begrifflichen

13) a. a. O. S. 2665.
14) a. a. O. S. 2669.
15) 1. Beratung: Sten. Ber. AH 1908/9 Bd. 1 S. 712 ff.
2. Beratung: Sten. Ber. AH 1908/9 Bd. 3 S. 4555 ff.
3. Beratung: Sten. Ber. AH 1908/9 Bd. 3 S. 4610 ff.
16) Kommissionsbericht des H. H.: Drucks. 1908/9 Nr. 139.
Vollversammlung des H. H.: Sten. Ber. 1908/9 S. 392.

Bedeutung wegen hier angeführt zu werden. Es heißt dort: [19]) „Die im Entwurf vorgesehene Haftung des Reichs tritt nur ein, wenn der Reichsbeamte in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt hat. Der Ausdruck „Ausübung öffentlicher Gewalt" ist in dem gleichen Zusammenhange schon in Art. 77 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch gebraucht. Er bezeichnet zutreffend die hier in Betracht kommende Sphäre staatlicher Wirksamkeit, die, zum Unterschiede von anderen Seiten der Staatstätigkeit, welche dem allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr angehören, dem Staate als solchem eigentümlich ist. Daß auch pflichtwidrige Unterlassungen in Ausübung der öffentlichen Gewalt begangen werden können, versteht sich von selbst. Im übrigen bestimmen sich die Voraussetzungen der Haftung des Reichs durch den § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, auf den der § 1 des Entwurfs Bezug nimmt".

Nur hinsichtlich der Haftung in den Schutzgebieten und der Haftung für Beamte des auswärtigen Dienstes hat der Entwurf in der zweiten [20]) und dritten [21]) Beratung wesentliche Änderungen erfahren. § 1 Abs. 1 des Entwurfs ist — in gleicher Weise wie § 1 Abs. 1 des preußischen Staatshaftungsgesetzes — unverändert zum Gesetz erhoben worden.

2. Abschnitt.

Die Haftung des Staates nach der Reichsverfassung von 1919.

§ 5. Die Bedeutung des Artikels 131 für die Staatshaftung.

Eine neue Regelung hat das Staatshaftungsrecht in der Reichsverfassung vom 11. August 1919 erfahren. Art. 131 [1]) bestimmt:

> „Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die

17) Drucks. 1908/9 Nr. 354 A S. 4521.

18) Drucksachen Nr. 5 in Bd. 270 der Anlagen zu den Stenographischen Berichten der 12. Legislaturperiode, 2. Session 1909/10. — Hier (S. 15—19) finden sich übrigens ähnliche Umschreibungen für den Begriff der öffentlichen Gewalt wie in dem Entwurf des preußischen Gesetzes vom Jahre 1909.

19) a. a. O. S. 17.

20) Verhandlungen Bd. 261 S. 2592 ff.

21) Verhandlungen Bd. 261 S. 2727 ff.

1) Über die Entstehungsgeschichte vgl. Kirchner a. a. O. S. 14 f. und unten § 6.

Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden.

Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob".

Die Streitfrage, ob Abs. 1 dieser Bestimmung nur die Bedeutung eines Programmpunktes hat oder vielmehr positiv geltendes Recht darstellt, hat ihre praktische Bedeutung verloren, seitdem sich das Reichsgericht [2]) in ständiger Rechtsprechung im letzteren Sinne ausgesprochen hat. Es erübrigt sich daher, auf sie näher einzugehen. Hier genügt die Feststellung, daß Abs. 1 unmittelbar anwendbares, aktuelles Recht enthält, nicht etwa nur eine Richtschnur für die künftige Gesetzgebung ist. [3])

Unter welchen näheren Voraussetzungen der Staat [4]) für seine Beamten zu haften hat, ist nicht ausdrücklich gesagt. Indessen muß dem Umstande, daß die Bestimmungen in dem hier in Betracht kommenden Teile wörtlich mit § 839 BGB. übereinstimmt, entnommen werden, daß der Gesetzgeber den Staat nur insoweit wollte haften lassen, als der Beamte selbst nach § 839 BGB haften würde, wenn die primäre Staatshaftung nicht bestünde. So auch Anschütz: „Eine Verantwortlichkeit des Gemeinwesens besteht nur aus dem Grunde und in den Grenzen des § 839 BGB." [5])

Die geschaffene Neuregelung greift in der Weise in das bisherige Recht der deutschen Einzelstaaten ein, daß fortan nicht mehr dieses Recht, sondern Art. 131 Quelle der Staatsverantwortlichkeit für Versehen der Beamten bildet. Gemäß dem Satze: Reichsrecht bringt Landrecht (Art. 13 Abs. 1 RV.) sind die vor dem Inkrafttreten der Reichsverfassung erlassenen einzelstaatlichen Staatshaftungsgesetze beseitigt. Und zwar erstreckt sich die Aufhebung nicht allein auf die mit Art. 131 RV. in Widerspruch stehenden Landesgesetze, sondern darü-

2) Siehe Bd. 102 S. 168, 393; Bd. 103 S. 430; Bd. 104 S. 291/2 und den gemäß Art. 13 Abs. 2 RV ergangenen Beschluß vom 20. Februar 1923 RGBl. 1923 I S. 292 = RGZ Bd. 106 S. 34).

3) A. A. z. B. Reimer in JW 1920 S. 550.

4) Gleiches gilt für die ihm eingegliederten politischen Verbände.

5) RV. S. 347. Ebenso RG. Bd. 102; S. 168/9. — Mit Recht bemerkt Stern a. a. O. S. 34 unter Berufung auf Bühler, Steuerrecht, S. 455 f., daß § 227 der Reichsabgabenordnung, welcher Vorschriften über den Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges enthält, nur scheinbar eine Einschränkung des Art. 131 darstellt, und daß ungeachtet dieser Bestimmung, sofern nur die Voraussetzungen des Art. 131 RV. erfüllt sind, der ordentliche Rechtsweg erfolgreich beschritten werden kann. Ebenso W. Jellinek, Verw. R. S. 315 und RG Bd. 106 S. 43.

ber hinaus auf die landesrechtlichen Bestimmungen, die eine sachliche Übereinstimmung mit dem neuen Recht aufwiesen. In den Ländern, die keinerlei Vorschriften über die Übernahme der Haftung auf den Staat bezw. die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte stand, getroffen oder die Haftung ausdrücklich abgelehnt hatten, ist die Verantwortlichkeit des Staates bezw. der Körperschaft durch die Reichsverfassung eingeführt und verwirklicht worden.[6]) Ersatzansprüche können in diesen Ländern, ohne daß es noch einer weiteren Regelung durch die einzelstaatliche Gesetzgebung bedürfte, unmittelbar auf Art. 131 gestützt werden. In Geltung geblieben sind nur solche Vorschriften, die durch Abs. 1 a. a. O. nicht berührt werden und als „nähere Regelung" der zuständigen Gesetzgebung anzusehen sind.[7])

Entsprechendes gilt nach dem Rechtsgrundsatz: lex posterior derogat legi priori hinsichtlich der früheren Gesetze des Reichs über die Haftung für seine Beamten.[8])

§ 6. Der Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt nach den Materialien zu Artikel 131 der Reichsverfassung von 1919.

Der Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches vom 21. Februar 1919 nach Beschlußnahme des Staatenausschusses[1]) enthielt noch nichts über die Haftung der politischen Verbände für Amtspflichtverletzungen ihrer Beamten. Mit Rücksicht darauf, daß die Regelung der Staatshaftung in einem besonderen Beamtengesetz erfolgen sollte, ist auch in der Verfassung nach der Beratung im Verfassungsausschuß[2]) hierüber nichts gesagt. Erst bei der zweiten Lesung des Verfassungsentwurfs wurde folgender Antrag gestellt:[3]) „Für Verfehlungen, die von einem Beamten in Ausübung seiner Amtstätigkeit begangen werden, haftet die Behörde oder die Körperschaft, in deren Auftrag der Beamte tätig gewesen ist. Die Beamten haften ihrem Auftraggeber für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verschulden. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden."

---

6) Delius im Recht 1921 S. 45 ff.
7) Vgl. die grundlegenden Ausführungen in der Entscheidung des RG. in Bd. 102 S. 170 171. Siehe auch Bd. 102 S. 393; 104 S. 291; 106 S. 36; 111 S. 379 und Anschütz RV. S. 346, 66 ff.
8) RG. Bd. 192 S. 171; 109 S. 212; S. 378.
1) Nr. 59 der Drucksachen in Bd. 335 der Anlagen zu den Sten. Ber.
2) Nr. 391 der Drucksachen in Bd. 336 der Anlagen zu den Sten. Ber.
3) Nr. 419 Ziffer 8 der Drucksachen in Bd. 337 der Anlagen zu den Sten. Ber.

Dieser Antrag ist im Laufe der Beratungen zugunsten des Antrages Nr. 541 [4]) (Antrag Burlage, Gröber) zurückgezogen worden. [5]) Letzterer hatte folgenden Wortlaut: „Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich das Reich, die Länder, die Gemeinden oder andere Kommunalverbände, in deren Dienst der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. — Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob." Später wurde dieser Antrag durch den Abänderungsantrag Burlage, Gröber, Katzenstein ersetzt. [6]) Er lautete: „Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. — Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob."

Dieser Antrag wurde, allerdings unter Widerspruch Dr. Preuß' als dem Vertreter des Reichsministeriums, das die Haftungsfrage einem künftigen Beamtengesetz überlassen wissen wollte, angenommen. [7]) Darüber, was mit Ausübung öffentlicher Gewalt umfaßt werden sollte, haben grundsätzliche Erörterungen nicht stattgefunden; die Nationalversammlung in ihrer Gesamtheit setzte den Begriff offenbar als genügend bekannt und bestimmt voraus. Nicht so der Abgeordnete Waldstein, der sich gemeinsam mit den Abgeordneten Delius und Cohn gegen die Einführung der Staatshaftung in der vorgesehenen Form ausgesprochen hatte. [8]) Er führte aus [9]): „Wie steht es mit der Frage der Haftung für Verletzungen der Amtspflicht bei Notaren, bei Telegraphenbeamten? Es gibt in unserem geltenden Recht Bestimmungen, wonach absichtlich die Haftung des Staates in vielen Fällen ausgeschlossen ist, die Haftung des Beamten aber stattfindet, so bei Post- und Telegraphenbeamten. Man wird vielleicht sagen, da

4) Bd. 337 der Anl. zu den Sten. Ber.

5) Bd. 328 S. 1642 der Sten. Ber.

6) Drucksache Nr. 590 in Bd. 337 der Anl. zu den Sten. Ber. und Bd. 328 S. 1642 der Sten. Ber.

7) Bd. 328 S. 2136 der Sten. Ber.

8) a. a. O. S. 1631, 1635 f., 1639 f.

9) a. a. O. S. 1640.

sei nicht öffentliche Gewalt. Darüber kann man stundenlang reden, ob auch diese Beamten öffentliche Gewalt haben oder nicht . . .“ Die Versammlung hat es sich jedoch versagt, auf die Ausführungen Waldsteins näher einzugehen.

§ 7. Die Rechtsprechung zum Begriff Ausübung der öffentlichen Gewalt nach den Staatshaftungsgesetzen.

Der Ausdruck „Ausübung der öffentlichen Gewalt“ ist in der Rechtsprechung von vornherein nicht in dem engen Sinne gedeutet worden, als müsse es sich hier um obrigkeitliche Gewalt im Sinne von Ausübung staatlicher Zwangsrechte gegen die Untertanen handeln.[1]) Dies ergebe sich, so meint das Reichsgericht (in Bd. 84 S. 29), daraus, daß das preußische Gesetz vom 1. August 1909 sich auch auf die Tätigkeit der Standesbeamten beziehe (§ 4 Abs. 1 Satz 2). Es fährt dann fort: „Ferner spricht gegen eine solche Auffassung der Umstand, daß auch die Amtstätigkeit der Notare als an sich unter das Gesetz fallend angesehen wurde, und daß sie nur deshalb von dessen Vorschriften nicht betroffen wird, weil die Verantwortlichkeit des Staates ausgeschlossen ist bei Beamten, die ausschließlich auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind (§ 1 Abs. 3). Weiter kommt in Betracht, daß auch die Amtshandlungen der Gemeindevorsteher bei der Aufnahme von Nottestamenten als eine Ausübung öffentlicher Gewalt aufgefaßt worden sind (vgl. z. B. Bericht der Kommission des Abgeordnetenhauses, Drucks. des Abg. H. 1908/9 Nr. 354 A. S. 5, Stenogr. Ber. des Abg. H. 1909 S. 4572, 4574, 4586), und daß sie nur deshalb nicht unter das Gesetz fallen, weil bei Amtshandlungen anderer, als der ausschließlich auf den Bezug von Gebühren angewiesenen Beamten die Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist, wenn die betreffenden Beamten dafür eine besondere Vergütung durch Gebühren von den Beteiligten zu beziehen haben (§ 1 Abs. 3). Ferner ist als eine Ausübung öffentlicher Gewalt auch die Amtstätigkeit des Gerichtsschreibers eines Gewerbegerichts angesehen worden (Begr. zum Entwurf des Gesetzes, Drucks. des Abg. H. 1907/8 Nr. 185 S. 13). In allen diesen Fällen von Amtstätigkeit handelt es sich nicht um eine einen Zwangscharakter tragende obrigkeitliche Gewalt.“

Diese Auffassung ist wiederholt und mit Nachdruck auch für das Gesetz über die Haftung des Reichs vom 22. Mai 1910[2])

1) RG Bd. 56 S. 89.

2) Vgl. RG. in Bd. 91 S. 273 ff. und die dort (S. 274) angegebene Übersicht über die bisherige Rechtsprechung.

und für Art. 131 der neuen Reichsverfassung,[3]) die übereinstimmend mit dem preußischen Gesetz von 1909 von der Amtspflichtverletzung eines Beamten „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt" sprechen, betont und seither in ständiger Rechtsprechung beibehalten worden. So beispielsweise in der Entscheidung in Bd. 91 S. 384: „Eine Ausübung der öffentlichen Gewalt liegt nicht nur vor, wenn diese rechtmäßig oder mißbräuchlich zu einem Zwange benutzt wird, sondern immer auch dann, wenn durch schuldhaftes Tun oder durch schuldhaftes Unterlassen die amtlichen Machtmittel ohne jede Zwangsabsicht in eine Dritten schädliche Wirksamkeit treten".[4])

Grundsätzlich ist zu bemerken, daß nach Ansicht des Reichsgerichts unter „Ausübung öffentlicher Gewalt" im Sinne der erwähnten Haftungsbestimmungen jede Amtsausübung fällt, die sich nicht als Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen darstellt.[5]) Getroffen werde, so führt das Reichsgericht[6]) aus, das gesamte nicht von §§ 31, 89 BGB. umspannte Gebiet amtlicher Tätigkeit des Beamten, mithin jede Amtsausübung, die sich nicht als Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen des Staates (oder sonstigen Verbandes) darstelle. Dieses gesamte übrige Gebiet sei es, auf dem der Beamte als „Träger öffentlicher Machtbefugnisse" (so Bd. 91 S. 274 und Bd. 105 S. 101) oder „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt" handle. Nicht nur die einen Zwangscharakter tragende obrigkeitliche Gewalt falle darunter, sondern auch jede Betätigung staatlichen Schutzes, staatlicher Fürsorge. Diese Haftung einerseits, jene aus §§ 31, 89 BGB. anderseits sollten zusammen das ganze Gebiet staatlicher Verwaltungstätigkeit decken; zu der Haftung aus §§ 31, 89 BGB. gehöre die privatrechtlich geordnete Seite, zu der aus Gewaltausübung alles übrige.

Gegenüber dieser negativen Abgrenzung hat das Reichsgericht den Begriff der Staatshoheitsverwaltung oder der Ausübung von Hoheitsrechten und damit gleichbedeutend den der Ausübung öffentlicher Gewalt positiv zu umschreiben versucht in der Entscheidung vom 29. April 1926 (Bd. 113 S. 304 f). Es heißt hier: „Staatshoheitsrechte kennzeichnen sich

---

3) RG. Bd. 102 S. 32 und die dort angeführten Entscheidungen.

4) Siehe ferner RG. Bd. 56 S. 89; 68 S. 285; 78 S. 326 f.; 82 S. 86; 84 S. 29; 86 S. 122; 97 S. 265; 101 S. 354 ff.; 104 S. 289; 111 S. 178 ff.; 114, S. 201; 120, S. 162 ff; JW. 1927 S. 1994 Nr. 6; 1928 S. 2212 Nr. 8. So übereinstimmend auch die Rechtslehre, vgl. Reimer a. a. O. Heft 1 S. 20 f. Ziffer 17.

5) RG. Bd. 84 S. 27 ff.; 86 S. 122.

6) RG. Bd. 91 S. 274. Ebenso Bd. 94 S. 102 ff.; 101 S. 355; 105 S. 100; JW. 1915 S. 329/30 Nr. 5; Warneyer 1919 Nr. 186.

dadurch, daß sie dem Staat eigentümlich sind und bedingt werden durch den Zweck, ihm die Lösung seiner Aufgaben für die Allgemeinheit zu ermöglichen. Somit schließt das Wesen des Hoheitsrechts begrifflich in sich, daß bei seiner Ausübung eine Handlung vorliegt, zu welcher der Staat und seine Organe nur als Vertreter der Gesamtinteressen des Volkes und nicht schon nach bürgerlichem Recht befugt sind, Handlungen, die nach bürgerlichem Recht jeder Beteiligte zur Abwendung einer Gefahr, zur Befreiung aus einem Notstand oder dgl. vornehmen darf, werden nicht ohne weiteres dadurch, daß sie in gleicher Lage ein staatliches Organ, etwa der Führer eines Kriegsschiffes vornimmt, zur Ausübung von Hoheitsrechten".

Im einzelnen stellen sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts als Akte öffentlicher Gewalt dar:

die Handhabung der Gesetzgebungsgewalt: [7]) die Rechtsprechungstätigkeit der ordentlichen Gerichte in Zivil- und Strafsachen; [8]) die Tätigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, [9]) so beispielsweise die Äußerung des Vormundschaftsrichters über die Voraussetzungen der Mündelsicherheit; [10]) der Konkursrichter handelt gleichfalls in Ausübung der öffentlichen Gewalt; [11]) dasselbe gilt von dem Urkundsbeamten in Konkurssachen, [11]) wie überhaupt von der Amtstätigkeit der Urkundsbeamten einer Geschäftsstelle; [12]) die Tätigkeit des Notars beim Entwerfen von Urkunden; [13]) die Maßnahmen des Gerichtsvollziehers auf dem Gebiete der Zustellung und der Zwangsvollstreckung, und zwar sowohl im Verhältnis zum Gläubiger wie zum Schuldner; [14]) die Aufsichtstätigkeit der Beamten von Strafanstalten bezüglich der gewerblichen Zwangsarbeit der Gefangenen; [15]) wie überhaupt der Strafvollzug schlechthin; [16]) die Tätigkeit der Beamten bei Auszahlung von Versorgungsgebührnissen; [17]) die öffentlichen Zwecken dienende, auf öffentlich-rechtlichem Gebiete liegende Amtstätig-

---

7) Kirchner a. a. O. S. 22 und RG. in JW. 1928 S. 1/02 u. 1038.
8) Bd. 62 S. 368 und Gruch Beitr. Bd. 39 S. 997; JW 1904 S. 86 Nr. 1.
9) Siehe Jur. Rundschau 1926 Rechtspr. Nr. 2342, ferner RG. in DJZ. 1926 S. 1642 (Tätigkeit des städtischen Wohnungsamtes im Rahmen der Wohnungsmangelgesetzgebung).
10) Bd. 94 S. 96.
11) JW. 1904 S. 85 Nr. 1.
12) RG. in LZ. 1917 S. 1345 Nr. 13 und Bd. 84 S. 29, ferner JW. 1928 S. 235 (versehentliche Eintragung in die Liste der Personen, gegen die Konkursantrag gestellt, aber mangels Masse abgelehnt ist).
13) Bd. 93 S. 70. A. A. OLG Stuttgart in DJZ 1911 S. 1563.
14) Bd. 11 S. 210; Bd. 56 S. 84 ff.
15) Bd. 56 S. 220.
16) JW. 1912 S. 381 Nr. 1.
17) RG. im Recht 1925 S. 719.

keit der Lehrer, z. B. die bei der Leitung des Turnunterrichts[18]) oder bei der Veranstaltung der Reichsjugendwettkämpfe gegebenen Anweisungen, [19]) die Experimentiertätigkeit eines Universitätsprofessors; [20])

die im Interesse der militärischen Ausbildung der Truppen vorgenommenen Handlungen der Offiziere usw., z. B. Schießübungen, die Übungen der Pioniere im Schanzen- und Brückenbau; [21]) Veranstaltungen von Übungsfahrten der Kriegsschiffe; [22]) die in Ausübung des Dienstes von Mitgliedern des Soldatenstandes vorgenommenen Dritte schädigenden Handlungen, z. B. Verletzung einer Person bei Entladung einer Waffe auf dienstlichen Befehl, [23]) Tötung einer Zivilperson aus Versehen bei Beaufsichtigung von Gefangenen; [24]) Plünderung während des Dienstes; [25]) Sachbeschädigung oder Diebstahl durch Personen des Soldatenstandes bei einer militärischen Durchsuchung; [26]) die Tätigkeit der Arbeiter- und Soldatenräte, und zwar sowohl im Felde als auch in der Heimat; [27]) die in engster Beziehung zur Ausbildung und zur Förderung der militärischen Verwendungsfähigkeit der Truppe stehende Beschaffung von Sachgütern mit militärischen Kraftwagen; [28])

Akte der öffentlichen Gewalt sind ferner der Erlaß und die Vollstreckung polizeilicher Verfügungen; [29]) die Tätigkeit von Polizei- und Kommunalbeamten, die mit der Wahrnehmung der Wohlfahrts- und Wegepolizei betraut sind; [30]) die Handlungen der Strombeamten bei Ausübung wasserpolizeilicher Befugnisse; [31]) die Tätigkeit der Zwangslotsen und der Beamten des Kaiser-Wilhelm-Kanals. [32])

18) Bd. 84 S. 29.
19) JW. 1928 S. 420.
20) JW. 1927 S. 1994.
21) Bd. 24 S. 36; 54 S. 198 und JW 1928 S. 1290. Vgl. auch Bd. 44 S. 225.
22) Bd. 72 S. 349.
23) Bd. 101 S. 354 ff.
24) Bd. 91 S. 381 ff.
25) Bd. 107 S. 270.
26) Bd. 105 S. 338; Recht 1923 S. 174 Nr. 647. — Anders dagegen, wenn die Schadenszufügung außerhalb des Dienstes erfolgt: RG. i. Recht 1922 S. 243 Nr. 1155 und Bd. 104 S. 288; 105 S. 232.
27) Bd. 99 S. 287; Bd. 104 S. 259 ff, 363.
28) RG. i. Recht 1927 S. 344 und Bd. 108 S. 387 ff; vgl. zu dem letztgenannten Urteil die grundsätzlichen Bemerkungen Krückmanns in JW. 1927 S. 2199.
29) Bd. 26 S. 339.
30) RG. in Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 1057; Bd. 55 S. 365 der Entscheidungen; JW. 1904 S. 353; vgl. auch Bayr. Verw. G. H. i. Recht 1921 Rechtsspr. 140 Nr. 1054.
31) RG. i. Jur. Rundsch. 1925 S. 1268. Siehe ferner RG. in Seuff. Arch. Bd. 81 S. 248 (Tätigkeit der Schauamtsvorsitzenden nach § 358 des preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913, GS. S. 53).
32) Bd. 86 S. 122; 87 S. 348; 93 S. 36; 105 S. 101; 110 S. 349 und 111

Daß das Reichsgericht ganz auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht steht, wonach Ausübung öffentlicher Gewalt und Statshoheitsverwaltung als zwei sich deckende Kreise von Staatswillensakten zu denken sind, geht aus zahlreichen Entscheidungen mit Deutlichkeit hervor. So ist beispielsweise in dem Urteil vom 5. Januar 1910[33]) ausgeführt: „Nach Art. 77 Einf.-Ges. zum BGB sollen . . . die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates für den von seinen Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden unberührt bleiben. Für die Schadenshaftung des Staates aus Versehen der Beamten muß hiernach grundsätzlich unterschieden werden zwischen fiskalischen Rechten und Hoheitsrechten des Staates . . . Wo der Staat . . . in Ausübung seiner Hoheitsrechte, insbesondere in Ausübung seiner obrigkeitlichen Gewalt[33a]) handelt, da ist wegen der Schadensersatzpflicht auf das Landesrecht zurückzugehen". Auch auf die oben (Seite 22/3) angeführte Entscheidung in Bd. 113 S. 304 f. sei in diesem Zusammenhange noch einmal besonders hingewiesen.

Der Übung des Reichsgerichts, von Ausübung staatlicher Hoheitsrechte oder Staatshoheitsverwaltung zu sprechen, wo es sich um die Umschreibung von Ausübung der öffentlichen Gewalt handelt, schließen sich sowohl das Preußische Ober-

---

S. 378. Über die Haftung der Lotsen des Hamburger Hafens vgl. RG. i. JW. 1926, S. 2294. — Eine große Reihe weiterer Beispiele ist von Reimer (a. a. O. Heft 1 S. 32—38, Randziffer 31—45) zusammengestellt.

33) Bd. 72 S. 349. Vgl. ferner Bd. 56 S. 88 f; 68 S. 285; 71 S. 46 (mit Angabe der älteren Rechtsprechung); 78 S. 326 f; 91 S. 274 (mit Angabe weiterer früherer Entscheidungen) ; 104 S. 208; 105 S. 100 f; 108 S. 388. Siehe auch OLG. Celle in ROLG. Bd. 28 S. 313 (Ausübung der öffentlichen Gewalt = fürsorgende oder schützende Hoheitsgewalt des Staates.)

33a) Wörtlich ebenso Bd. 78 S. 326. Im Hinblick auf die Einfügung des Wortes „inbesondere" könnte man zu der Ansicht kommen, das Reichsgericht habe mit der Wendung „in Ausübung seiner obrigkeitlichen Gewalt" etwas von der „Ausübung seiner Hoheitsrechte" Verschiedenes zum Ausdruck bringen wollen. So anscheinend auch in Bd. 71 S. 46 („Wahrnehmung seiner Hoheitsrechte, namentlich der obrigkeitlichen oder Regierungsgewalt"). In Wahrheit soll mit der Hervorhebung der obrigkeitlichen Gewalt nur die Ausübung staatlicher Zwangsrechte gegenüber der öffentlichen Fürsorgetätigkeit des Staates gemeint sein. Die Ausführungen in späteren Urteilen stellen jedenfalls die Ausübung von Hoheitsrechten der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt völlig gleich. Vgl. z. B. Bd. 78 S. 326, wo im Anschluß an den oben im Text wiedergegebenen Satz ausgeführt ist: „Bei der Strafvollstreckung handelt der Staat zweifellos in Ausübung eines Hoheitsrechtes, in Ausübung seiner obrigkeitlichen Gewalt". Siehe auch Bd. 79 S. 434 („obrigkeitliche Befugnisse, also Staatsoheitsrechte"). Siehe auch oben S. 21 zu Anm. 1.

verwaltungsgericht [34]) als auch der Preußische Gerichtshof zur Enscheidung der Kompetenzkonflikte [35]) an. Es sei jedoch hierbei vermerkt, daß in den neuesten Entscheidungen der vorgenannten Gerichte, namentlich aber des Reichsgerichts fast ausschließlich der Ausdruck Ausübung öffentlicher Gewalt Verwendung findet.

II. Kapitel.

Die Haftung des Staates für Vermögensbeschädigungen bei rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt.

§ 8. Die Haftung des Staates für Vermögensbeschädigungen aus Anlaß bloß objektiv fehlerhafter Staatsakte.

Bei Vermögensbeeinträchtigungen durch staatliche Tätigkeit muß in jedem Einzelfall — nach dem Vorbilde des Einführungsgesetzes zum BGB. (Art. 77 einerseits und 109 anderseits) — scharf geschieden werden, ob der Schaden durch rechtswidrige oder rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt entstanden ist. Rechtmäßig ist die Amtsausübung dann, wenn sie dem Rechte gemäß, rechtswidrig, wenn der Beamte im Widerspruch zu den Normen des objektiven Rechts und mit rechtswidriger Arglist oder Fahrlässigkeit gehandelt hat. Wann das eine oder andere zutrifft, läßt sich nicht allgemein ausdrücken, sondern muß von Fall zu Fall nachgeprüft werden.

Entgegen der u. a. von W. Jellinek [1]) und Krauthause [2]) vertretenen Lehre, daß überall dort eine rechtswidrige Einwirkung vorliegt, wo die öffentliche Gewalt im Widerspruch mit den Normen des objektiven Rechts in die Erscheinung getreten ist, einerlei, ob dem eine solche Handlung vornehmenden Beamten ein Verschulden zur Last fällt oder nicht, muß mit v. Stengel [3]) und Anschütz [4]) angenom-

34) Vgl. z. B. Bd. 10 S. 138; 13 S. 236; 33 S. 81; 63 S. 256.
35) Siehe u. a. die Urteile in Pr. Verw. Bl. Bd. 44 S. 414; 45 S. 116; 47 S. 418 und 530 ferner in JW 1922 S. 533; 1926 S. 2652.
1) Verw. R. S. 318.
2) a. a. O. S. 11—13.
3) a. a. O. S. 590.
4) Ersatzanspruch, S. 97. So auch Loening, Die Haftung des Staates, S. 94f.

men werden, daß die bloß objektiv fehlerhaften einen Unterfall der rechtmäßigen Staatsakte bilden und nach den hierfür maßgebenden Grundsätzen zu beurteilen sind.

Für die Frage nach der Entschädigung für solche fehlerhaften Akte der öffentlichen Gewalt, die nur die objektive Fehlerhaftigkeit zur Voraussetzung haben, gilt es gleich, ob der Akt dem obrigkeitlichen Gebiet der Rechtsprechung oder der Verwaltung angehört.[5]) Eine allgemeine Bestimmung, wonach in diesen Fällen Entschädigung geschuldet werde, besteht nicht. Der Staat (oder ein anderer öffentlicher Verband) ist, abgesehen von den Fällen, in denen er aus seinem Verhalten einen Vorteil gezogen und dabei ein mit Entschädigungspflichten belastetes Verfahren umgangen hat,[6]) ersatzpflichtig nur nach Maßgabe besonderer Gesetze.

Als Beispiele für Gesetze, die unabhängig von dem Verschuldensprinzip, lediglich wegen objektiver Fehlerhaftigkeit eines Aktes der öffentlichen Gewalt Entschädigung gewähren, wären zu nennen:

Die Bestimmung des § 1 Abs. 2 des preußischen und die gleichlautende Bestimmung in § 1 Abs. 2 des Reichshaftungsgesetzes, wonach der Staat für Schäden seiner Beamten, die diese im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit verursacht haben, gleichwohl einzustehen hat, wie wenn den Beamten Fahrlässigkeit zur Last fiele, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert.

Vor allem aber gehört hierher das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 345) und das Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904 und 17. August 1920 (RGBl. 1904 S. 321 und 1920 S. 1585).

Das Gesetz über die durch innere Unruhen verursachten Schäden vom 12. Mai 1920 (RGBl.

5) Die Negation des Entschädigungsanspruchs bei Einwirkungen durch die Gesetzgebung folgt aus der rechtlichen Omnipotenz des Gesetzgebers. Von einer Widerrechtlichkeit des Eingriffs kann hier deshalb nicht gesprochen werden, weil der Gesetzgeber als der Inhaber der höchsten Gewalt im Staate der Herr aller Rechte ist. Jedes von ihnen besteht ausnahmslos nur weil, soweit und solange er es zuläßt, Krauthause a. a. O. S. 18. Vgl. hierzu die Urteile des RG. in JW. 1928 S. 102 und 1038.

6) W. Jellinek, Verw. R., S. 318 ff. Vgl. hierzu RG Bd. 94 S. 71 ff; 96 S. 215 ff; 99 S. 12 ff; Gruch. Beitr. Bd. 54 S. 1186 ff; 60 S. 858 ff; 56 S. 1119 ff. Siehe auch Bd. 102 S. 390 f. der Entscheidungen. Übereinstimmend die herrschende Lehre.

Teil I S. 941) wird nur mit Vorbehalt in diesem Zusammenhange anzuführen sein, weil bei überwältigendem Aufruhr die Ohnmacht der öffentlichen Gewalt derart stark sein kann, daß man es ihr nicht als Rechtswidrigkeit anrechnen kann, wenn sie sich in Anbetracht der Aussichtslosigkeit eines Eingreifens untätig verhält.

Einen zweifellosen Anwendungsfall enthält dagegen § 144 Abs. 2 thür. L. V. O. Diese Bestimmung gewährt bei Zurücknahme oder Änderung einer begünstigenden Verfügung wegen sachlicher Unzuständigkeit der sie erlassenden Behörde oder wegen Rechtswidrigkeit dem Betroffenen für den ihm erwachsenen Schaden Ersatz im Rahmen der Billigkeit, „soweit nicht gesetzliche Vorschriften in weiterem Umfange Schadensersatz zubilligen". Im letzteren Falle, also bei schuldhaft rechtswidrigem Verhalten eines mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betrauten Beamten, soll der Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens, wie ihn die Reichs- bezw. Staatshaftungsgesetze der Länder begründen, unberührt bleiben.

§ 9. Fortsetzung. Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei rechtmäßig betätigter öffentlicher Gewalt.

Bei der Frage der öffentlich-rechtlichen Entschädigung als Rechtsfolge rechtmäßig betätigter öffentlicher Gewalt ist davon auszugehen, daß öffentliche Gewalt tätig geworden sein muß, d. h. der Träger der öffentlichen Gewalt als solcher, also auf öffentlich-rechtlichem Gebiete, im obrigkeitlichen Wirkungskreise nach außen in die Erscheinung getreten ist. Wir haben bereits früher dargelegt, wann von einer Ausübung öffentlicher Gewalt gesprochen werden kann und muß. Die dort gemachten Ausführungen können für die an dieser Stelle zu behandelnde Frage der Entschädigung für schädigende rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt in gleicher Weise Geltung für sich beanspruchen wie im anderen Falle. Denn: m. E. besteht kein Anlaß und auch keine Möglichkeit, den Begriff der öffentlichen Gewalt bei rechtmäßigen Einwirkungen anders zu fassen und zu umgrenzen als bei rechtswidrigen. Handelt es sich doch in beiden Fällen um Ausflüsse ein und derselben Staatsgewalt. Aus diesem Grunde wird hier im Interesse der Vermeidung von Wiederholungen auf die früheren Darlegungen verwiesen.

Ergänzend soll nur die Frage aufgeworfen werden, ob der Träger öffentlicher Gewalt bei der Verwaltung öffentlicher Sachen und Anstalten „als solcher" auftritt, m. a. W. das Ver-

hältnis zwischen ihm und den die öffentlichen Sachen und Anstalten benutzenden Privatpersonen nach öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist.

Vielfach, namentlich in der Praxis der ordentlichen Gerichte, wird angenommen, daß die Benutzung und Verwaltung (einschließlich der Unterhaltung) öffentlicher Sachen und Anstalten den Regeln des Privatrechts unterstellt sei. So hat z. B. das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung die Tätigkeit der Wegebauverwaltung als eine privatrechtliche gekennzeichnet.[1])

Diese Meinung kann als zutreffend nicht angesehen werden. Richtig ist, daß hinsichtlich des Verwaltungsvermögens und erst recht des Finanzvermögens der öffentlichen Verbände besondere Rechtsbeziehungen zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Staatsbürger nicht nachweisbar sind. Anders bei den Sachen im Gemeingebrauch.[2]) Diese weisen eine eigenartige Zugehörigkeit an die öffentliche Gewalt auf. Otto Mayer[3]) nimmt an, daß an den öffentlichen Sachen im engeren Sinne zwar Eigentum bestehe, daß dieses aber nicht privater, sondern öffentlicher Natur sei. „Die Lösung wird darin gefunden, so führt Layer[4]) treffend aus, daß sich die hoheitliche Gewalt und das Eigentum gegenseitig durchdringen und zu einem einheitlichen öffentlichen Recht an der Sache verschmelzen, welches allerdings die Eigentumsbefugnisse in sich schließt, aber — anders als das Privateigentum — grundsätzlich von Normen des öffentlichen Rechts beherrscht wird, eine Äußerung hoheitlicher Gewalt bedeutet und daher mit vollem Recht den Namen öffentliches Eigentum verdient". Ob die Lehre vom öffentlichen Eigentum dem geltenden deutschen Verwaltungsrecht entspricht, kann hier dahingestellt bleiben. Denn auch mit der Annahme, daß die öffentlichen Sachen im Privateigentum stehen, ist die Ansicht sehr wohl vereinbar, daß die öffentlichen Sachen, soweit ihre Zweckbestimmung reicht, also namentlich die Regelung der Verwaltung und Benutzung ausschließlich den Vorschriften des öffentlichen Rechts unterstehen, und nicht, wie das Reichsgericht (beispielsweise in Bd. 78 S. 329) für die öffentlichen Wege behauptet, privatrechtlichen Grundsätzen. Das zeigt sich namentlich darin, daß der Eigentümer keine Verfügungen treffen darf, die geeignet sind, die öffentliche Sache ihrer Zweckbe-

1) Vor allem in der Entscheidung Bd. 54 S. 53.
2) Beispiele: öffentliche Wege, Brücken, Fähren, Gewässer, Friedhöfe, Häfen, der Meeresstrand, der Luftraum außerhalb des Interessenbereichs des Grundeigentümers.
3) D. Verw. R. Bd. 2 (1. Aufl.), S. 60 ff., siehe auch im Sächs. Arch. a. a. O.
4) a. a. O. S. 623.

stimmung zu entfremden (Entfremdungsverbot), daß ferner die Bestimmungen des Nachbarrechts nur insoweit zur Anwendung kommen, als dadurch die öffentliche Sache keine Beeinträchtigung in ihrer rechtlichen Zweckbestimmung erfährt.

Nach der hier vertretenen Ansicht handelt der mit der Regelung der Verwaltung und Benutzung öffentlicher Sachen betraute Beamte nicht in Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen, sondern in Ausübung der öffentlichen Gewalt.[5]) Dasselbe ist aber auch für die öffentlichen Anstalten anzunehmen, sofern Einwirkungen aus Anlaß zweckdienlicher Verwaltungstätigkeit in Frage stehen. Wenngleich die Rechtsprechung, voran die des Reichsgerichts,[6]) überwiegend den öffentlich-rechtlichen Charakter der Anstaltsbetätigung in Abrede stellt, so fehlt es doch nicht an hiervon abweichenden Entscheidungen.[7]) Die Theorie stimmt heute im wesentlichen mit der hier vorgetragenen Ansicht überein.[8])

Dafür, daß die Rechtsprechung auch für das Gebiet der Staatshaftung bei rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt, soweit eine solche vorgesehen ist (siehe weiter unten), die Ansicht teilt, wonach Ausübung öffentlicher Gewalt gleichbedeutend ist mit Ausübung staatlicher Hoheitsrechte und Staatshoheitsverwaltung, mögen folgende Ausführungen des reichsgerichtlichen Urteils vom 22. Juni 1912 (Bd. 79 S. 434) als Beweis dienen: „Endlich muß es als ein schiefer Gegensatz bezeichnet werden, wenn das Kammergericht in der gleichliegenden ... Sache ... gemeint hat, der § 75 Einl. zum ALR. beziehe sich nur auf Beschädigungen durch Verwaltungs-, nicht durch Hoheitsakte. Es handelt sich immer um Äußerungen der einen unteilbaren Staatsgewalt. Die wichtigste Anwendung der Verwaltungsakte besteht darin, daß sie obrigkeitliche Befugnisse, also Staatshoheitsrechte, dem einzelnen gegenüber zur Geltung bringen. Der § 75 Einl. ist gerade auf solche Fälle gemünzt, in denen die Verwaltung in Ausübung der öffentlichen Gewalt tätig wird".

Die in diesem Urteil angeführte Bestimmung des § 75 Einl. AlR., welche die staatliche Entschädigungspflicht in Preu-

---

5) Zustimmend Coester a. a. O. S. 316 ff; v. Stengel a. a. O. S. 583; W. Jellinek, Verw. R., S. 486; Reißer a. a. O. S. 17 ff; Krauthause a. a. O., S. 6 ff.

6) Vgl. z. B. Bd. 17 S. 103; 55 S. 174; 58 S. 130.

7) Preuß. OVG. Bd. 2 S. 399 ff.; RG. Bd. 55 S. 171, ebenso Bd. 44 S. 225. Ferner RG. in JW. 1905 S. 131 Nr. 1; 1906 S. 163 Nr. 7; Gruch. Beitr., Bd. 49 S. 1132.

8) So u. a. Otto Mayer, D. Verw. R., Bd. 2 (3. Aufl.), S. 272 ff; Fleiner a. a. O. S. 305 ff; Anschütz,Ersatzanspruch, S. 95 f; W. Jellinek, Verw. R., S. 493; Krauthause a. a. O. S. 8 f.

ßen [9]) ganz allgemein, [10]) sowohl für Enteignungen im engeren als auch im weiteren Sinne normiert, lautet, zusammen mit dem ihm voraufgehenden Grundsatz: [11])

§ 74: Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen.

§ 75: Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile zum Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten. —

9) Eine generelle Regelung der Entschädigungsfrage weist das Reichsrecht nur für den Fall der Enteignung im engeren Sinne, im Sinne einer Überführung subjektiver Privatrechte von einer Person auf die andere auf: die Bestimmung in Art. 153 Abs. 2 RV. Die einzige, von §§ 74, 75 Einl. ALR. abgesehen, wirklich hierher gehörige landesrechtliche Vorschrift dürfte heute noch § 4 Teil IV Kap. 13 des codex Maximilianeus Bavaricus sein, eine Verallgemeinerung des der lex Rhodia de jactu zugrundeliegenden Gedankens. Alle übrigen Landesgesetze sind außer Kraft getreten.

10) Als Beispiele für hier in Betracht kommende Sondergesetze seien genannt: § 13 des Fluchtliniengesetzes vom 2. 7. 1875 (GS. S. 561); Gesetz über die Quartierlasten im Frieden vom 25. 6. 1868 (RGBl. S. 523); Gesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden vom 13. 2. 1875 (RGBl. S. 52); Gesetz über die Kriegsleistungen vom 13. 6. 1873 (RGBl. S. 129); Gesetz betr. Änderungen im Postwesen vom 20. 12. 1899 (RGBl. S. 715); § 12 des Telegraphenwegegesetzes vom 18. 12. 1899 RGBl. S. 705); § 3 des Patentgesetzes vom 7. 4. 1891; §§ 28 ff. des Gesetzes betr. Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. 6. 1900 (RGBl. S. 306); §§ 14 ff. des preußischen Gesetzes betreffend die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 30. 6. 1900 (GS S. 306); § 3 des Gesetzes betreffend Maßregeln gegen die Rinderpest vom 7. 4. 1869 (RGBl. S. 105); §§ 57 ff. des Viehseuchengesetzes vom 26. 6. 1909 (RGBl. S. 519); §§ 6 ff. des Gesetzes betreffend die Bekämpfung der Reblaus vom 6. 7. 1904 (RGBl. S. 261).

11) Über die Auslegung im einzelnen vgl. Kleeberg a. a. O.

II. Hauptteil.

Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und „Staatshoheitsverwaltung“ im Steuerrecht.

§ 10. Vorbemerkung.

Es soll nunmehr unsere Aufgabe sein, die Bedeutung des Begriffs Ausübung öffentlicher Gewalt für das neue Reichssteuerrecht festzustellen. Sie ist zweifacher Art: einmal wird an Hand der zu besprechenden Steuergesetze nebst den dazugehörigen Gesetzesmaterialien sowie der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs untersucht werden müssen, ob der Begriff der öffentlichen Gewalt im Gebiete des Staatshaftungsrechts und in dem des Steuerrechts gleich auszulegen ist. Daneben wird zu zeigen sein, daß auch hier Ausübung öffentlicher Gewalt gleichbedeutend ist mit Staatshoheitsverwaltung und Ausübung staatlicher Hoheitsrechte.

Ihren Ausgang nehmen die Erörterungen vom Reichsbesteuerungsgesetz. Daran anschließend werden das Körperschafts- und das Gewerbesteuerrecht zu behandeln sein. Den Abschluß bildet die Darstellung der Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Umsatzsteuerrecht.

§ 11. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Reichsbesteuerungsgesetz.

Die steuerrechtliche Gleichstellung von öffentlichen Betrieben und Privatbetrieben, die bereits das Reichsbesteuerungsgesetz vom 15. April 1911 (RGBl. S. 187) angebahnt hatte,[1]) ist in dem Gesetz über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und Gemeinden vom 10. August 1925 (RGBl. I S. 252) weiter ausgebaut worden. In diesem Gesetz sind die den Ländern und Gemeinden zustehenden Besteuerungsrechte, wie sie in dem Reichsbesteuerungsgesetz von 1911 festgelegt waren, neu geordnet wor-

1) Vgl. Rausse a. a. O. S. 12—16.

den. Darüber hinaus aber behandelt es auch noch die Fragen der Besteuerung von Ländern und Gemeinden durch das Reich. [2]) Hierdurch hat man erreicht, was nach der Begründung zu dem Gesetzentwurf von der Reichsregierung beabsichtigt war: nämlich „die Voraussetzungen für eine gleichmäßige steuerliche Behandlung des Reichs, der Länder und der Gemeinden (Gemeindeverbände) im Reichs- und Landessteuerrecht zu schaffen und damit die Einheit des Steuersystems in wichtiger Hinsicht zu wahren". [3]) Dies sei erforderlich, so heißt es dort, [4]) weil die öffentliche Gewalt, auch wenn sie sich auf Reichs-, Landes- und Gemeindebehörden verteile, eine organische Einheit darstelle, die eine einheitliche steuerliche Behandlung erfordere. Es gehe nicht an, daß der Reichsgesetzgeber bestimmte behördliche Funktionen als Ausübung der öffentlichen Gewalt ansehe und ihnen Steuerbefreiungen zuteil werden lasse, die der Landesgesetzgeber ihnen versage.

Der Grundgedanke des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes ist der, daß das Reich, die Länder und die Gemeinden wegen solcher Handlungen, die in Ausübung der öffentlichen Gewalt vorgenommen werden, der Besteuerung nicht unterworfen sind, daß hingegen bei Akten privatwirtschaftlicher Tätigkeit die Steuerpflicht stets gegeben sein soll, wenn der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz eine Leistungspflicht knüpft.

Der Begriff Ausübung der öffentlichen Gewalt ist hierbei, wie die nachstehenden Ausführungen ergeben werden, in dem gleichen Sinne wie in den Gesetzen, welche die Staats- und Beamtenhaftung regeln, gebraucht und ebenso aufzufassen wie dort. [5])

Das Reichsbesteuerungsgesetz vom Jahre 1911 und die Materialien hierzu verwenden den Begriff der öffentlichen Gewalt noch nicht. In der Begründung [6]) ist indessen der leitende Gedanke des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes von der Steuerfreiheit der in Ausübung der öffentlichen Gewalt vorgenommenen Handlungen bereits angedeutet. Dort wird nämlich ausgeführt, daß der dem Entwurf zugrundeliegende Grundsatz, wonach die Unterwerfung des Reichs unter das kommu-

2) Unberührt bleibt die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Länder von ihren Gemeinden (Gemeindeverbänden) und die Gemeinden (Gemeindeverbände) von den Ländern zur Steuer herangezogen werden können. Sie findet ihre Lösung in der einzelstaatlichen Gesetzgebung.
3) Drucksachen des Reichstages 1924/25 Nr. 801 S. 5.
4) a. a. O.
5) So auch Bühler, Steuerrecht, S. 193 f.
6) Bd. 273 der Anl. z. d. Sten. Ber. Nr. 310 S. 8/9 zu § 3.

nale Steuerrecht in Anlehnung an das in den einzelnen Bundesstaaten hinsichtlich der Steuerpflicht des Landesfiskus geltende Recht für die Gemeinde nicht Platz greifen könne, eine Ausnahme erleide bezüglich der Realsteuern vom Grund- und Gebäudebesitze, für die der Entwurf das geltende Recht, wie es durch § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der zum Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände vom 25. Mai 1873 (RGBl. S. 113) geschaffen sei, aufrechterhalten wolle. Die Begründung fährt dann fort: „Dingliche Abgaben stehen begriffsgemäß zu der Persönlichkeit des Besitzers des belasteten Grundstücks in keiner Beziehung. Das Reich hat daher aus seiner besonderen staatsrechtlichen Stellung für sein Verhältnis als Besitzer abgabepflichtiger Grundstücke Folgerungen nicht unmittelbar, sondern nur insoweit herzuleiten, als es vermöge seiner Nachfolge in gewisse Hoheitsrechte der einzelnen Bundesstaaten diejenigen Abgabebefreiungen in Anspruch zu nehmen hat, welche verfassungs- oder gesetzgemäß in den einzelnen Bundesstaaten für die zur Ausübung von Hoheitsrechten gewidmeten Grundstücke bestehen. Diese Einschränkung des Besteuerungsrechts ist sowohl in dem § 1 des erwähnten Gesetzes als auch in § 4 des Entwurfs anerkannt". Für die Besitzwechselabgabe[7]) sei das Reich ebenfalls den einzelnen Landesverwaltungen gleichzustellen, denn diese Abgabe stehe, ähnlich wie die Realsteuern vom Grund- und Gebäudebesitz, zu der Persönlichkeit des Grundstückseigentümers in keiner Beziehung.[7a])

Auch die Materialien zum Reichsbesteuerungsgesetz vom Jahre 1925 gehen auf den Begriff der öffentlichen Gewalt selbst nicht ein. Offenbar wollte man seiner Auslegung durch die Wissenschaft und Rechtsprechung nicht vorgreifen. So wenigstens erklärt sich die Bemerkung in der Begründung zum Entwurf eines Körperschaftssteuergesetzes,[8]) daß, soweit wirtschaftliche und steuerrechtliche Begriffe in Betracht kommen, für ihre Bestimmung ausschließlich das deutsche Recht maß-

---

7) In Preußen wurde eine solche Abgabe nach dem Gesetz vom 31. Juli 1895 (GS. S. 413) erhoben. Durch den Erlaß des Grunderwerbssteuergesetzes vom 12. September 1919 (letzte Änderung vom 10. August 1925) sind sämtliche landesgesetzlichen Steuern aus Anlaß des Eigentumswechsels bei Grundstücken beseitigt worden.

7a) Bd. 273 der Anl. z. d. Sten. Ber. Nr. 310 S. 12 zu § 3. So auch der Berichterstatter der 1. Kommission: Bd. 277 der Anl. z. d. Sten. Ber. S. 2912 zu § 3. Siehe daselbst auch die beiden Urteile des Kgl. Sächs. OVG. vom 2. 12. und 16. 5. 1907 (S. 2962 und 2972), die ebenfalls Ausübung öffentlicher Gewalt und Ausübung staatlicher Hoheitsrechte einander gleichsetzen.

8) Drucks. des Reichstages 1925 Nr. 796 S. 12.

gebend sei. So sei beispielsweise die Frage, ob der Betrieb einer von einer ausländischen Körperschaft im Inland gegründeten Unternehmung der Ausübung der öffentlichen Gewalt diene oder nicht, ausschließlich nach deutschem Recht zu beantworten. Immerhin finden wir in einem anderen Zusammenhange einen m. E. genügend klaren Hinweis darauf, daß der Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt im Reichsbesteuerungsgesetz in dem gleichen Sinne wie im Staatshaftungsrecht gebraucht und ebenso aufzufassen ist wie dort.

In der Begründung zu dem genannten Gesetz [9]) wird nämlich zur Begründung der Steuerfreiheit der Akte der öffentlichen Gewalt angeführt: „Soweit Reich und Länder ihre macht-, wirtschafts- und kulturpolitischen Aufgaben erfüllen, soweit Gemeinden (Gemeindeverbände) die ihnen als Selbstverwaltungskörpern oder kraft staatlichen Auftrages obliegenden Angelegenheiten wahrnehmen, ist von ihrer Heranziehung zu einer Steuer oder sonstigen Abgabe grundsätzlich abzusehen. Denn der Sinn jeder Besteuerung ist, der besteuernden Körperschaft die Mittel zuzuführen, derer sie zur Verwirklichung ihrer Zwecke bedarf. Da nun jene Aufgaben die eigentlichen Lebenszwecke des Reichs, der Länder und der Gemeinden (Gemeindeverbände) darstellen, so würde ihre Beschwerung mit einer Steuer nicht gerechtfertigt werden können. Die Frage ist nur, wie weit der Kreis der Aufgaben zu ziehen ist, die als Verwirklichung der eigentlichen Lebenszwecke des Reichs, der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) anzusehen sind und daher für die Besteuerung ausscheiden. In dieser Frage ist dem Entwurfe die Entscheidung im wesentlichen vorgezeichnet. Denn da der Entwurf vor allem Gleichmäßigkeit in der steuerlichen Behandlung des Reichs, der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) herbeiführen soll, so geben ihm die übrigen Reichsgesetze die Richtpunkte, innerhalb derer die Besteuerung des Reichs, der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) überhaupt in Frage kommt". Demgemäß lehnt sich das Gesetz an die verschiedenen Steuergesetze unmittelbar an.

So politisch interessant und für die Stellung der verschiedenen Parteien zur Besteuerung der öffentlichen Betriebe und Verwaltungen bezeichnend die Kommissions- und Plenarverhandlungen [10]) auch waren, juristisch brauchbares Material

9) Drucks. des Reichstages 1925 Nr. 801 S. 5.
10) Sten. Ber. des Reichtages 1925 Bd. 385 S. 1463, 1527, 1557; Bd. 387 S. 3527, 3560, 3580, 3638, 3696, 4008, 4031, 4201, 4225.

haben sie wenig, für die hier interessierende Frage überhaupt nichts geliefert.

Im einzelnen spielt der Begriff der öffentlichen Gewalt im Reichsbesteuerungsgesetz von 1925 bei folgenden Bestimmungen eine Rolle:

1. Nach § 1 hat das Reich den Ländern und den Gemeinden (Gemeindeverbänden), die Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) haben dem Reich für die Benutzung ihrer im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen sowie für die Handlungen ihrer Behörden die allgemein festgesetzten Gebühren zu entrichten. Die Gebührenpflicht entfällt jedoch, wenn „die Handlungen der Behörden in Ausübung einer öffentlichen Gewalt veranlaßt und vorgenommen werden." Diese Vorschrift geht zunächst insofern über § 1 Abs. 1 des alten Besteuerungsgesetzes, das die Verpflichtung des Reichs zur Entrichtung der „für die Benutzung der im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen und für einzelne Handlungen der Amtsorgane allgemein festgesetzten Gebühren" regelte, hinaus, als nach dem neuen Gesetz auch dem Reich das Recht der Gebührenerhebung gegenüber den Ländern und Gemeinden (Gemeindeverbänden) verliehen ist. Umfaßt werden, und darin stimmen die genannten Gesetze überein, sowohl die Benutzungs- wie auch die Verwaltungsgebühren. Wird z. B. für ein Gebäude, das das Reich errichten will, die baupolizeiliche Genehmigung nachgesucht, so ist das Reich für ihre Erteilung gebührenpflichtig. Gleichgültig ist, ob das Gebäude etwa zu Wohnzwecken für Beamte Verwendung finden soll, oder ob es von einer öffentlichen Verwaltung (z. B. Reichssteuerverwaltung) benötigt wird. Auch im letzten Falle ist die Gebührenpflicht gegeben. Zwar ist die Erteilung der Baupolizeigenehmigung ein Akt der öffentlichen Gewalt, nicht indessen die sie veranlassende Tätigkeit des Reichs, nämlich die Errichtung des Gebäudes. Die Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung der Gebühren tritt aber nach dem Gesetze nur dann ein, wenn die Handlung der Behörde in Ausübung einer öffentlichen Gewalt nicht allein vorgenommen wird, sondern sie muß auch außerdem durch sie veranlaßt worden sein.

Die in Ausübung der öffentlichen Gewalt veranlaßten und vorgenommenen Handlungen der Behörden stehen im Gegensatz zu den privatrechtlichen Betätigungen, bei denen der Staat als Gleicher zum Gleichen auftritt. Für sie besteht grundsätzlich Gebührenpflicht.

Als in Ausübung der öffentlichen Gewalt veranlaßt und vorgenommen kommen namentlich in Betracht gegenseitige amtliche Auskünfte, Amtshilfehandlungen usw. Ein Beispiel hierfür bietet die Entscheidung des Reichsfinanzhofs vom 28. September 1928 (Bd. 24 S. 148). Ihm war vom Reichsfinanzminister zur gutachtlichen Äußerung die Frage vorgelegt worden, ob die Reichsfinanzverwaltung verpflichtet sei, einem Gerichtsvollzieher, der im Steuerbeitreibungsverfahren einen Vollstreckungsschuldner zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseids verhaftet hat, Gebühren zu zahlen oder Auslagen zu erstatten. Der V. Senat beantwortet die Frage dahin, daß eine Gebührenpflicht nicht bestehe, dem Gerichtsvollzieher jedoch Auslagen zu erstatten seien. Zur Begründung wird, soweit es sich um die Gebührenpflicht bezw. -freiheit handelt, auf § 1 Abs. 1 RBestG. Bezug genommen und ausgeführt, daß die Voraussetzungen, unter welchen Gebührenfreiheit eintrete, im vorliegenden Fall gegeben seien. Es heißt dann weiter: „Wird der Schuldner zur Erzwingung des Offenbarungseids von dem Gerichtsvollzieher verhaftet, so ist dies eine Handlung, die in Ausübung der öffentlichen Gewalt veranlaßt und vorgenommen wird."

Zur Begründung der Gebührenfreiheit ist mit Recht geltend gemacht worden, daß es dem Gedanken der organischen Einheit der öffentlichen Gewalt zuwiderlaufen würde, wenn das Reich, die Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) sich gegenseitig auch zu Gebühren für solche Handlungen ihrer Behörden heranziehen würden, die in Ausübung einer öffentlichen Gewalt veranlaßt und vorgenommen werden.[11]) Mit diesem Grundsatz ist jedoch die Ansicht, daß bei solchen Gebühren, die sich nur als Ersatz barer Auslagen darstellen, z. B.

---

11) Begründung zum Gesetzentwurf, Drucks. des Reichstages 1925 Nr. 801 S. 8. Auch hier wird wiederum der Begriff der hoheitlichen Tätigkeit neben dem Begriffe der öffentlichen Gewalt gebraucht, woraus sich deutlich ergibt, daß man beide als gleichbedeutend ansah. In der Begründung zum Reichsbesteuerungsgesetz vom Jahre 1911 (oben S. 33/4) wird, wie aus dem Zusammenhang klar hervorgeht, die Ausübung von Hoheitsrechten der Ausübung öffentlicher Gewalt dem Sinne nach ebenfalls gleichgeachtet. — Siehe auch die Beschlüsse des vorläufigen Reichswirtschaftsrates zum Gesetzentwurf über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und Gemeinden (Anl. 2 zur Drucks. 801 S. 12): „Soll der Forderung der steuerlichen Gleichstellung der öffentlichen und privaten Betriebe bei der Körperschaftbesteuerung Rechnung getragen werden, so ist zu fordern:

a) von der Steuer sind unter allen Umständen frei zu lassen öffentliche Betriebe, die der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen . . ."

Gebühren der Katasterbehörden im amtlichen Verkehr, die Gebührenpflicht unberührt bleibe, durchaus vereinbar [12]).

Die im § 1 des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes getroffene Regelung schließt sich hinsichtlich der Gebührenfreiheit für durch in Ausübung der öffentlichen Gewalt veranlaßte und vorgenommene Amtshandlungen einmal dem Grundsatz des § 1 Abs. 2 des preußischen Gesetzes über staatliche Verwaltungsgebühren vom 29. September 1923 (GS. S. 455) an, wonach Gebühren nicht erhoben werden, beim Verkehr der Behörden untereinander, es sei denn, daß sie einem Dritten als Veranlasser zur Last zu legen sind, sowie für solche Amtshandlungen, die überwiegend im öffentlichen Interesse erfolgen. Ferner dürfte als Vorbild gedient haben § 9 des Gesetzes über den Beistand bei Einziehung von Abgaben und Vollstreckung von Vermögensstrafen vom 9. Juni 1895 (RGBl. S. 256), welcher bestimmt, daß im Falle der Gewährung von Beistand zwischen Behörden verschiedener Bundesstaaten von der ersuchenden Behörde weitere als die entstehenden baren Auslagen nicht erstattet werden (Abs. 1 und 2).

2. Zu dem die Grund- und Gebäudesteuerpflicht des Reichs gegenüber den Ländern und Gemeinden (Gemeindeverbänden) regelnden § 4 bemerkt die Begründung zu dem Gesetzentwurf, [13]) daß hiernach alle Grundstücke des Reichs, sofern sie nicht zu einem öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmt sind, freigegeben seien, „gleichviel ob sie zu einer Hoheitsverwaltung oder zu einer Betriebsverwaltung gehören."

3. Das Reich einerseits, die Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) andererseits können sich zu Verkehrsteuern heranziehen, es sei denn, daß die Behörden mit den Handlungen, die den Anlaß der Besteuerung bilden, eine ihnen anvertraute öffentliche Gewalt ausüben (§ 6). Ob der Begriff Verkehrsteuern derart weit auszudehnen ist, daß hierunter alle Steuern einbegriffen sind, die man gewöhnlich als Verkehrsteuern anspricht (u. a. Umsatzsteuer, Stempelsteur, Kapitalverkehrsteuer, Versicherungssteuer, Lotteriesteuer, Wechselsteuer, Rennwettsteuer, Beförderungssteuer, Kraftfahrzeugsteuer, Wertzuwachssteuer, Grunderwerbssteuer), ist zweifelhaft. Indessen steht eine Erörterung hierüber

12) So auch die Begründung zum Gesetzentwurf und das soeben angeführte Gutachten des RFH. Bd. 24 S. 148. A. A. Boethke-Arlt a. a. O. S. 1057 Anm. 5.

13) Drucksachen des Reichstages 1924/25 Nr. 801 S. 6.

mit der Themafrage in keinem besonderen Zusammenhange und unterbleibt daher.[14])

Die Einschränkung, daß von der Besteuerung ausgenommen sind solche Handlungen, mit denen die Behörden eine ihnen anvertraute öffentliche Gewalt ausüben, ist, wie die Begründung zu dem Entwurf[15]) zutreffend hervorhebt, notwendig, um die Einheit der öffentlichen Gewalt steuerlich zur Geltung zu bringen. „Sie bezieht sich", so heißt es dort, „nur auf reine Hoheitsakte, d. h. Handlungen, die selbst die Ausübung einer öffentlichen Gewalt darstellen". Dies sei beispielsweise der Fall bei Urkunden (Ernennungsurkungen, Diplomen u. dgl.), zu deren Ausstellung nur die Behörde, und zwar kraft „eines Hoheitsrechts" (so die Begründung a. a. O.) befugt ist. So sind ferner umsatzsteuerfrei Lieferungen und Leistungen der öffentlichen Gewalt als solche[16]). Handlungen dagegen, die nur im Zusammenhange mit der Ausübung, aus Anlaß oder bei Gelegenheit der Tätigkeit der öffentlichen Gewalt des Staates, der Gemeinden und Gemeindeverbände erfolgen, ihrer Natur und Zweckbestimmung nach aber der staatlichen Vermögensverwaltung angehören, sind nicht hierher zu zählen. So unterliegt der Mietvertrag über Räume zur Unterbringung des Finanzamtes der Stempelsteuer. Steuerpflichtig ist auch der Verkauf eines Dienstgebäudes an einen Privatmann. Dasselbe gilt für den Erwerb eines privaten Gebäudes, in dem in Zukunft Geschäfte eines Trägers der öffentlichen Gewalt wahrgenommen werden sollen. Die Begründung zu § 6[17]) erklärt die Steuerpflicht — wenn auch vielleicht nicht in der Formulierung, so doch im Ergebnis richtig — damit, daß in solchen Fällen Rechtshandlungen vorliegen, die nicht mit der öffentlich-rechtlichen Eigenart des vertragschließenden Verbandes in unlösbarem Zusammenhange stehen, es seien Handlungen, in deren Vornahme der öffentliche Verband sich vertreten lassen könne.

4. Die Vorschrift des § 6 über die Steuerfreiheit der Verkehrshandlungen, die sich als Ausübung der öffentlichen Gewalt darstelen, findet gemäß § 7 auf die Verbrauchsteuern entsprechende Anwendung, ohne hier indessen praktische Bedeutung zu erlangen. Bemerkt sei nur, daß die Branntweinmonopolverwaltung zu den gemeindlichen Ge-

---

14) Vgl. zu dieser Frage Boethke-Arlt a. a. O., S. 1060 zu § 6.
15) Drucks. Nr. 801 S. 7 zu § 6.
16) Näheres hierüber unten § 14.
17) a. a. O. S. 7.

tränkesteuern entsprechend § 6 Abs. 1 Satz 1 nicht herangezogen werden kann, weil sie, auch bei der Herstellung und dem Vertrieb von Branntwein, öffentliche Gewalt ausübt.[18])

5. Endlich bestimmt § 8, daß die „Reichsbetriebe, die der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen", den Wohngemeinden ihrer Arbeitnehmer auf Anforderung Zuschüsse zu deren Verwaltungsaufgaben zu leisten haben. Zu diesen Betrieben gehören nur fabrikmäßige oder fabrikähnliche, z. B. die Marinewerft, Arsenale, nicht aber z. B. die Finanzverwaltung (Finanzämter).[19]) Die Zuschüsse sind Nachteilsausgleichungen zu Lasten des Reiches und charakterisieren sich als Beiträge im Sinne der Reichsabgabenordnung.[20])

§ 12. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Körperschaftssteuerrecht.

Die Körperschaftssteuerpflicht des Reiches, der Länder und der Gemeinden (Gemeindeverbände) bestimmt sich gemäß § 3 des Reichsbesteuerungsgesetzes von 1925 nach Maßgabe der Vorschriften des Körperschaftssteuergesetzes vom 10. August 1925 (RGBl. I S. 208). Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen[1]) gehören ihrem Inhalt nach nicht sowohl dem Körperschaftssteuergesetz als vielmehr dem Reichsbesteuerungsgesetz an. So erklärt sich denn auch die gemeinsame Beratung der beiden Gesetze im Reichstag.

Nach § 2 Ziffer 3 des Körperschaftssteuergesetzes sind unbeschränkt steuerpflichtig alle Betriebe und Verwaltungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts und öffentliche Betriebe und Verwaltungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, es sei denn, daß die Betriebe und Verwaltungen nach Maßgabe des § 7 dienen:

„a) der Ausübung der öffentlichen Gewalt,
b) lebenswichtigen Bedürfnissen der Bevölkerung (Versorgungsbetriebe),
c) gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken,
d) kirchlichen Zwecken".

---

18) Drucks. des Reichstages 1924/5 Nr. 801 S. 9.
19) Boethke-Arlt a. a. O. S. 1061 Anm. 31 und Begründung zum Entwurf, Drucks. Nr. 801 S. 7.
20) Bühler a. a. O. S. 196. Siehe auch Jahrb. d. öffentl. R. Bd. VI (1912), S. 181 f. und W. Jellinek, Verw. R., S. 379.
1) u. a. §§ 2 Nr. 3, 7, 9, 11 Ziffer 1 Körp. St. G.

Diesen Betrieben stehen gleich Unternehmungen, deren Erträge ausschließlich Körperschaften des öffentlichen Rechts zufließen. [2])

Von der Körperschafssteuer befreit sind also u. a. die der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienenden Betriebe und Verwaltungen. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf (S. 9) wird hierzu ausgeführt, daß die Steuerpflicht in diesen Fällen deshalb ausgeschlossen sei, weil auf sie die für die Heranziehung der öffentlichen Betriebe zur Steuer angeführten Gründe nicht zuträfen.

Der Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt darf, obgleich die Vorschrift des § 2 Ziffer 3a des Gesetzes als Ausnahmevorschrift anzusehen ist, nicht zu eng ausgelegt werden. Der Rechtsgrundsatz, daß Befreiungsvorschriften nur einer engen Auslegung fähig sind, besagt, wie der Reichsfinanzhof [3]) einmal mit Recht bemerkt hat, nichts weiter, als daß sie auf solche Fälle nicht anzuwenden sind, bei denen nach Erschöpfung der Regeln der Auslegungskunst nicht ersichtlich ist, daß der Gesetzgeber solche Fälle in die Vorschrift habe einbeziehen wollen. Der Entstehungsgeschichte aber ist nicht zu entnehmen, daß unter Ausübung öffentlicher Gewalt ausschließlich die Anwendung staatlicher Zwangsrechte gegen die Untertanen verstanden werden sollte. Man wird deshalb dem Sinn und Zweck des Gesetzes weit mehr gerecht, wenn man die Vorschrift auch auf Akte der Fürsorge im weitesten Sinne bezieht. [4])

Letztere Auffassung findet ihre Stütze in der Verordnung zur Durchführung des Körperschaftssteuergesetzes vom 17. Mai 1926 (RGBl. I S. 244), welche im § 2 Abs. 1 in rechtsverbindlicher Weise [5]) bestimmt:

> „Der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen die Hoheitsverwaltungen des Reichs und der Länder sowie die Verwaltungen der Gemeinden (Gemeindeverbände), die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen. Eine Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben ist insbesondere anzunehmen, wenn die Aufgaben eines Betriebes oder einer Verwal-

---

2) Über die Ausschließlichkeit i. S. dieser Bestimmung vgl. RFH, Bd. 15, S. 174.

3) Urteil vom 31. 3. 1925 in St. u. W. 1925 S. 809 Nr. 195 (ohne Begründung veröffentlicht). Siehe auch Bühler, Steuerrecht, S. 52.

4) Zustimmend Hollaender a. a. O. S. 360 und Boethke-Arlt a. a. O., S. 412 Anm. 12. Abweichend Rosendorff a. a. O. S. 41.

5) RFH. in DStZtg. 1926 S. 52 Nr. 24.

tung auf Leistungen gerichtet sind, zu deren Annahme der Leistungsempfänger auf Grund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung verpflichtet ist". [6])

Als Beispiele für Betriebe und Verwaltungen, die der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen, werden sodann (in Abs. 2) angeführt: Schlacht- und Viehhöfe, Anstalten zur Nahrungsmitteluntersuchung, Desinfektionsanstalten, Kadaververnichtungsanstalten, Anstalten zur Müllbeseitigung und zur Abführung von Spülwaser und Fäkalien.

Absatz 1 der vorgenannten Verordnung ist in doppelter Hinsicht sehr beachtlich: einmal werden hier vom Gesetz selbst Ausübung öffentlicher Gewalt und Staatshoheitsverwaltung ausdrücklich einander gleichgeachtet. Wenn dann andererseits die Hoheitsverwaltungen des Reichs und der Länder formell den Betrieben und Verwaltungen der Gemeinden und Gemeindeverbände, die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, gegenübergestellt sind, so sollte damit m. E. keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, daß zwischen Hoheitsverwaltung und Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben ein materieller Unterschied zu machen ist. Die verschiedene Formulierung erklärt sich daraus, daß der Begriff der Hoheitsverwaltung durchweg auf die staatliche Tätigkeit beschränkt, auf die dem Bereich der öffentlichen Gewalt angehörende kommunale Tätigkeit nicht erstreckt wird. [7]) So wird man beispielsweise geneigt sein, die Tätigkeit der in Abs. 2 aufgezählten Betriebe und Verwaltungen (siehe oben), bei denen es vielleicht zweifelhaft sein könnte, ob sie den der Ausübung öffentlicher Gewalt dienenden Betrieben und Verwaltungen zuzurechnen sind oder nicht, eher als eine auf öffentlichrechtlichem Gebiete liegende denn als eine hoheitliche Tätigkeit zu bezeichnen. Durchschlagend aber dürfte jedenfalls der Gesichtspunkt sein, daß die Begriffsbestimmung des Absatz 1 a. a. O. in der Rechtsprechung entwickelt und von dort über-

---

6) Vgl. hierzu RFH. Bd. 12 S. 53: Umsatzsteuerfreiheit der Dampfkesselüberwachungsvereine für die vom Staate an ihn entrichteten Entgelte, da die von der Tätigkeit des Vereins betroffenen Nichtmitglieder zur Duldung der Tätigkeit durch staatlichen Zwang verpflichtet sind; Bd. 12 S. 289: Die entgeltliche Abgabe von Bekleidungsstücken zu dienstlichem Gebrauche von der Marineverwaltung an die Marinemannschaften stellt sich, soweit für die Kleiderempfänger Annahmezwang besteht, als Ausfluß der öffentlichen Verwaltungstätigkeit des Reiches dar; Bd. 15 S. 197: Leistungen der Friedhofsverwaltungen sind insoweit umsatzsteuerfrei, als gegenüber den zur Bestattung eines Toten verpflichteten Personen ein Zwang, dieselben anzunehmen, besteht.

7) Vgl. hierzu die Ausführungen im 3. Hauptteil der Arbeit S. 57, 58.

nommen worden ist,[8]) und daß der Reichsfinanzhof in seinen Entscheidungen „Ausübung öffentlicher Gewalt" (u. a. Bd. 2 S. 315; 12 S. 289), „Ausübung der staatlichen Gewalt" (Bd. 2, S. 340), „Ausfluß staatlicher Gewalt" (Bd. 12 S. 53), „Ausfluß der öffentlichen Verwaltungstätigkeit" (Bd. 12 S. 289), „Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben" (Bd. 12 S. 289; 20 S. 150; St. u. W. 1928 S. 725/6), „öffentlich-rechtliche Tätigkeit" (St. u. W. 1928 S. 726), „Ausübung von Hoheitsakten" (Bd. 17 S. 74; 20 S. 150), „Ausfluß der Staatshoheit" (Bd. 13 S. 303), „Hoheitsverwaltung" (St. u. W. 1928 S. 726) und „Hoheitsakt als Ausfluß der öffentlichen Gewalt" (Bd. 19 S. 296) als sachlich gleichbedeutend nebeneinander verwendet.

Die der Ausübung öffentlicher Gewalt dienenden Betriebe und Verwaltungen unterliegen auch dann nicht der Körperschaftssteuer, wenn sie neben ihrer eigentlichen Tätigkeit noch Privataufträge übernehmen. So wird z. B. die Marinewerft in Wilhelmshafen auch nicht für diejenigen Entgelte steuerpflichtig, die sie für Leistungen erzielt, welche nicht den Zwecken der Wehrmacht zu dienen bestimmt sind, sondern im Auftrage und Interesse Privater ausgeführt werden. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß die Übernahme von Privataufträgen gegenüber der als Ausfluß öffentlicher Gewalt sich darstellenden Tätigkeit nicht überwiegt. Andernfalls tritt Steuerpflicht ein.[9])

§ 13. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Gewerbesteuerrecht.

1. Nach den Vorschriften des Reichsbesteuerungsgesetzes vom 15. April 1911 konnten die Betriebe und Verwaltungen des Reichs von den Ländern und Gemeinden (Gemeindeverbänden) nicht zur Gewerbesteuer herangezogen werden. Durch das Inkrafttreten des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes vom 10. August 1925, das in seinem § 13 das frühere Gesetz aufhebt, ist hierin eine Änderung eingetreten. Nunmehr sind grundsätzlich die Gewerbe aller Gattungen ohne Unterschied der Person des Unternehmers der Besteuerung unterworfen. Für die Betriebe und Verwaltungen des Reichs ist jedoch die Steuerpflicht erheblich eingeschränkt. Sie können nämlich

8) RFH. Bd. 23 S. 225/6.

9) § 1 Abs. 3 der Durchführungsverordnung; Rosendorff a. a. O. S. 41; Hollaender a. a. O. S. 360 f; Drucks. des Reichstages 1924/5 Nr. 801 S. 9 zu § 8 des Gesetzes.

nach § 5 des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes nur insoweit zur Gewerbesteuer herangezogen werden, als sie nach den Vorschriften des Körperschaftssteuergesetzes körperschaftssteuerpflichtig sind. Damit scheiden u. a. alle Reichsbetriebe und -verwaltungen aus, die der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen. [1])

2. Ob und inwieweit die Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) für ihre Betriebe und Verwaltungen gewerbesteuerpflichtig sind, richtet sich nach der einzelstaatlichen Gesetzgebung.

In Preußen bestand nach dem Gewerbesteuergesetz vom 24. Juni 1891 (GS. S. 205) für den Staat Steuerfreiheit. Dasselbe galt für die Gemeindeverbände. Diese Befreiungsvorschriften sind durch die Verordnung über die vorläufige Neuregelung der Gewerbesteuer vom 23. November 1923 (GS. S. 519) beseitigt worden. Heute werden alle gewerblichen Betriebe und Verwaltungen des preußischen Staates [1a]) und der Gemeinden [2]) (Gemeindeverbände) in gleicher Weise von der Steuer erfaßt wie die Gewerbebetriebe, die sich in der Hand privater Unternehmer befinden. Als Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbesteuerverordnung ist dabei einmal jede fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit anzusehen, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt (§ 1 Abs. 2), ferner (Abs. 3) die entsprechende Tätigkeit von Vereinen, eingetragenen Genossenschaften, Körperschaften usw.

1) Darüber, daß mit der Änderung des Rechtszustandes praktisch überhaupt kaum etwas für die Gewerbesteuerpflicht gewonnen worden ist, vgl. Hog-Arens a. a. O. 4. Aufl. S. 74/5.

1a) Siehe hierzu die auf Grund des § 62a GewStVO. ergangene Verordnung vom 21. 1. 1926 (FMBl. S. 73), abgedruckt bei Hog-Arens a. a. O. S. 163 f. Hier werden die Gewerbebetriebe des Preußischen Staates, wie aus der beigefügten Nachweisung ersichtlich, abgegrenzt. Als gewerbesteuerpflichtig sind bezeichnet: die Torfbetriebe in Packlidimmen, Grünhof und Smalupp, die landwirtschaftlichen Brennerei Domäne Dahlem, das Sägewerk Miechern am Werbelinsee, die Ziegelei in Zimpel, die Steinkohlenbergwerke in Gladbeck (Möllerschächte 1 u. 2, Rheinbabenschächte 3 u. 4), Buer (Schachtanlagen Bergmannsglück und Westerholt), Waltrop und Zweckel (Schachtanlagen Zweckel und Scholven), die Hafenverwaltung Gladbeck, die Bäder Rehburg, Nenndorf, Ems, Langenschwalbach, Schlangenbad und Bertrich.

2) Zu diesem auf den ersten Blick merkwürdigen Ergebnis, wonach also die Gemeinde rechnungsmäßig an sich selbst Steuern zahlt, muß man kommen bei entsprechender Beachtung des Gebots der Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung und des im neuen Steuerrecht weitgehend durchgeführten wirtschaftspolitischen Grundsatzes, die eigentlichen Gewerbebetriebe im Reich, in den Ländern und Gemeinden steuerlich vor Privatbe-

Die vorstehende Begriffsbestimmung des Gewerbes veranlaßt das Ausscheiden der öffentlich-rechtlichen Verbände aus dem Kreise der Gewerbesteuerpflichtigen hinsichtlich solcher Tätigkeiten, die sich als Ausfluß der öffentlichen Gewalt darstellen. Zu diesem Ergebnis gelangt man durch die Erwägung, daß Ausübung öffentlicher Gewalt und gewerbliche Tätigkeit etwas Wesensverschiedenes sind. Es handelt sich um Tätigkeitsarten, die in einem begrifflichen Gegensatz zueinander stehen [3]). So wird denn auch die Steuerfreiheit des Staates und der übrigen öffentlich-rechtlichen Verbände sowie der Vereinigungen und Anstalten mit öffentlich-rechtlichem Charakter für ihre in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommene Tätigkeit allseitig anerkannt. [3a])

In diesem Sinne hat beispielsweise das Preußische Oberverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 5. Februar 1898 (Bd. 33 S. 81 ff) die Frage, ob die Preußische Staatsklassenlotterie ein gewerbliches Unternehmen darstelle, verneint, weil ihr Ertrag nicht im wirtschaftlichen Verkehr, sondern als eine Form der Besteuerung durch Ausübung der Staatshoheit (Monopol) erzielt wird. In den Gründen des Urteils ist ausgeführt, daß der Staat in der Verwirklichung und Ausübung des im Jahre 1767 eingeführten Lotterieregals staatshoheitliche Befugnisse, seine Polizei- und seine Finanzgewalt ausübe, nicht aber trete er dadurch lediglich als ein Gewerbetreibender in den Verkehr der Privatwirtschaften zum Zwecke der Erzeugung oder des Austausches von Gütern ein. Wer sich dem Lotterieplan, der den Abzug von 15⅘ % für jeden Gewinn vorsehe, durch Erwerb eines Loses aus freiem Willen unterwerfe, erlange dadurch nicht nur das Recht auf den Bezug des

trieben nicht zu bevorzugen. A. A. allerdings Friedrichs. Er gibt zwar zu, daß die Gemeinden als solche nicht von der Gewerbesteuer befreit sind (a. a. O. S. 42). Indessen könnten Gemeindebetriebe, öffentliche wie gewerbliche, nie von der eigenen Gemeinde, sondern nur von fremden Gemeinden besteuert werden, weil „zu jedem Rechtsverhältnis, auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zwei verschiedene Personen gehören und daher niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann“ (a. a. O. S. 39/40). Demgegenüber sei darauf hingewiesen, daß in der Rechtsprechung (RG. in JW. 1928 S. 467 Nr. 1) und auch in der Literatur (so Mirbt und Ball, vgl. die Anmerkung von Friedrichs zu dem vorgenannten Urteil a. a. O. S. 468) das Selbstbesteuerungsrecht als anerkanntes Recht sowohl des Reichs als auch der Länder und Gemeinden bezeichnet wird. Die Praxis verfährt, wie ich durch Rückfrage bei der Stadtverwaltung in Essen feststellte, im Sinne der hier vertretenen Ansicht: d. h. die Stadt wird auf Grund der von ihr abgegebenen Steuererklärung wie jeder private Gewerbetreibende zur Steuer veranlagt.

3) Popitz a. a. O. S. 343.

3a) So z. B. Friedrichs a. a. O. S. 42, Hog-Arens a. a. O. 3. Aufl. S. 52.

etwaigen Gewinnes, der auf seine Losnummer entfalle, sondern er überkomme zugleich die Pflicht zu der durch den Abzug in die Erscheinung tretenden steuerartigen Leistung. In einem derartigen Betriebe könne daher ein gewerbliches Unternehmen nicht erblickt werden.[4])

In einer neueren Entscheidung hat dasselbe Gericht[5]) dem § 1 Abs. 3 der preußischen Gewerbesteuerordnung die Anwendbarkeit versagt in einem Falle, wo es sich um die Gewerbesteuerpflicht eines Schlachthofbetriebes mit Schlachtzwang (nach dem Gesetz vom 18. März 1868) handelte und hierzu bemerkt: die Ausübung der öffentlichen Gewalt brauche nicht notwendig vom Staate unmittelbar auszugehen. Auch die Gemeindekörperschaften kämen in gleichem Maße in Betracht, wenn sie kraft Gesetzes oder einer zulässigen behördlichen Anordnung derartige Tätigkeitsakte vorzunehmen hätten oder vornehmen könnten. Ohne Bedeutung sei, daß es sich dabei um Tätigkeiten handele, die an sich auch von Privatunternehmern ausgeführt werden könnten; allein maßgebend sei, daß die Tätigkeit auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage fuße, die eine Zwangsregelung unter Ausschluß des privaten Wirtschaftsverkehrs erfordere. So liege die Sache hier. Der Betrieb der Schlachthofes mit Schlachtzwang beruhe auf der den Gemeinden durch das Schlachthausgesetz beigelegten Ermächtigung. Der mit diesem Gesetz verfolgte, oben angegebene öffentlich-rechtliche Zweck gebe dem Schlachthofbetriebe den Charakter einer Betätigung öffentlicher Gewalt. Ob die Betätigung öffentlicher Gewalt mit der Absicht der Gewinnerzielung verknüpft sei, ändere an dem rechtlichen Charakter der Tätigkeit nichts. Es sei daher auch unerheblich, ob den Schlachthausgemeinden mit Schlachtzwang gesetzlich die Möglichkeit gegeben sei, die Schlachthöfe zu einer Einnahmequelle zu machen.

Diesen Erkenntnissen ist ebenso zuzustimmen wie der in dem Erlaß vom 8. August 1924 (MBl. f. d. i. V. S. 841) zum Ausdruck gebrachten Auffassung, daß die Tätigkeit der reichsgesetzlichen Krankenkassen (Allgemeine Orts-, Land-, Betriebs-

---

4) Siehe auch die Entscheidung vom 2. Juni 1894 (Bd. 26 S. 131), dieselbe Frage betreffend. In der Entscheidung vom 27. Juni 1893 (Bd. 25 S. 151) ist — allerdings ohne nähere Begründung — darauf hingewiesen, daß bei der Post und Telegraphie der Gesichtspunkt der Regalität der Annahme des gewerblichen Charakters entgegenstehe.

5) Entscheidung vom 15. März 1927, veröffentlicht im Preuß. Verw. Bl. 1927, Bd. 49 S. 84 f. Nr. 6. Vgl. ferner OVG. in Bd. 18 S. 23 ff. (28); 36 S. 106 der Entscheidungen und in Pr. Verw. Bl. Bd. 16 S. 375; 22 S. 576; 34 S. 725 und 44 S. 21.

und Innungskrankenkassen) und die Tätigkeit der knappschaftlichen Krankenkassen von der Gewerbesteuer frei sind, da es sich bei diesen Versicherungen der Sozial- und Versicherungsgesetzgebung unmittelbar um eine öffentliche Verwaltung als Ausfluß öffentlicher Gewalt handelt [6]).

§ 14. Die Bedeutung der öffentlichen Gewalt im Umsatzsteuerrecht.

Das Umsatzsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Mai 1926 (RGBl. I S. 218) knüpft die Steuerpflicht an alle „Lieferungen und sonstigen Leistungen, die jemand innerhalb der von ihm selbständig ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit im Inlande gegen Entgelt ausführt."

Der Begriff der gewerblichen[1]) Tätigkeit, wie er im § 1 Nr. 1 des Gesetzes enthalten ist, deckt sich nicht mit dem Begriff des Gewerbebetriebes im Sinne der Gewerbesteuer, noch mit dem Gewerbebegriff im Sinne der Gewerbesteuerverordnung. [2]) Er ist auch nicht etwa handelsrechtlichen Bestimmungen zu entnehmen. Vielmehr ist er, wie der Reichsfinanzhof verschiedentlich [3]) zum Ausdruck gebracht hat, nur aus dem Umsatzsteuergesetz selbst zu bestimmen. Nach ihm aber genügt zur Auslösung der Steuerpflicht jede selbständige, nachhaltige Tätigkeit gegen Entgelt, soweit sie sich auf privatwirtschaftlichem Gebiete bewegt. [4])

Hiernach sind umsatzsteuerpflichtig die Einnahmen aus rein gewerblichen Unternehmungen der öffentlichen Körperschaften. Eine gewerbliche Tätigkeit i. S. des Ums. St. G. ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Staat oder ein sonstiger

6) Ebenso Hog-Arens a. a. O. 3. Aufl. S. 52.

1) Die berufliche Tätigkeit scheidet, da wir es hier nur mit der behördlichen Tätigkeit zu tun haben, für die folgenden Betrachtungen aus.

2) RFH. Bd. 2 S. 313; 3 S. 95 f.

3) RFH. Bd. 3 S. 96; 7 S. 276; 12 S. 130 und im Urteil vom 22. 3. 1926 in St. u. W. 1926 Nr. 345 S. 952 f.

4) RFH. Bd. 6 S. 103: „Ohne Rücksicht auf die Ziele, insbesondere auf die Gewinnabsicht des Unternehmens kommt es für seine Umsatzsteuerpflicht lediglich darauf an, ob es in Verfolgung dieser Ziele in den privatrechtlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr eintritt und hierbei dauernd entgeltliche Lieferungen und Leistungen bewirkt". So auch Bd. 15 S. 197 und 3 S. 95.

öffentlicher Verband etwas unternimmt, was auch Gegenstand eines Privatunternehmens sein könnte, wenn dem öffentlichen Verband nicht gesetzlich eine Monopolstellung eingeräumt wäre.[5]) Dies ist namentlich der Fall bei Bergwerken, Waagen, Salinenverwaltungen, gemeindlichen Holzverkaufsstellen, staatlichen Forst-, Teich-, Wasser- und Wiesenwirtschaften. Umsatzsteuerpflicht ist ferner gegeben bei einzelnen Leistungen, die als gewerbliche Nebengeschäfte neben den öffentlich-rechtlichen Funktionen ausgeübt werden. Hierher gehören: Einnahmen aus der Vermietung von Schuppen und Kellern, Einnahmen aus Veräußerungen der bei der staatlichen Unterhaltung von Wasserstraßen gewonnenen Gegenstände wie Kies, Sand und Weiden (RFH Bd. 7 S. 275), ferner Einnahmen der Hafenverwaltungen aus Kran-, Verlade- und Wiegegeldern, soweit nicht die besonderen Befreiungsvorschriften aus § 20 Nr. 3 Ums. St. G. D. B. sowie der Verordnung über Befreiung von der Umsatzsteuer für Leistungen in Seehäfen vom 17. März 1928 (RGBl. I S. 69) Platz greifen, Einnahmen der Katasterämter für Vermessungen, die im Interesse und auf Antrag von Privatpersonen ausgeführt werden (RFH Bd. 13 S. 301), Einnahmen aus entgeltlichen Lieferungen von Geräten, Lebensmitteln usw. der Reichsvermögens- und Reichsverpflegungsämter an Behörden außerhalb des Ressorts und an Privatpersonen, Einnahmen der Gefängnisverwaltung für den Verkauf der von Gefangenen hergestellten Gegenstände (RStBl. 1928 S. 105, 283).

Auch kommt es nach dem Aufbau der Umsatzsteuer für die Beurteilung der Steuerpflichtigkeit eines auf Güteraustausch gerichteten Vorganges nicht darauf an, ob öffentlich-rechtliche Gebilde, soweit sie sich am wirtschaftlichen Geschäftsverkehre beteiligen, dies unter dem Schutze der ihnen zustehenden öffentlichen Gewalt, insbesondere bei Einziehung des ihnen für ihre privatwirtschaftlichen Leistungen gebührenden Entgelts, tun. Dementsprechend hat der RFH. Kurtaxen (Bd. 13 S. 221) und Pachtgelder einer preußischen Jagdgenossenschaft (Bd. 18 S. 202) für umsatzsteuerpflichtig erklärt. Schließlich sind auch die von den Rundfunkteilnehmern an die Post gezahlten Entgelte als steuerpflichtig erachtet worden, weil diese Art der Leistung der Reichspost außerhalb des öffentlichen Post-, Telegraphen- und Fernsprechverkehrs (§ 3 Nr. 1 Ums. St. G.) liege

5) So die ständige Rechtsprechung des RFH, vgl. z. B. Bd. 13 S. 223; 15 S. 198; 17 S. 75; 18 S. 190, 202; RStBl. 1926 S. 150 Nr. 159; St. u. W. 1928 S. 726.

(RFH. Bd. 17 S. 73) [6]). Ob und gegebenenfalls inwieweit die angeführte Rechtssprechung im Hinblick auf § 6 des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes einer Nachprüfung zu unterziehen ist, bleibt noch der Darstellung vorbehalten [7]).

Ausgeschlossen ist die Steuerpflicht der öffentlichen Verbände u. a. dort, wo ihrer Tätigkeit das Merkmal des Gewerblichen fehlt: bei Akten der öffentlichen Gewalt. Lieferungen und Leistungen, die sich als Ausfluß der öffentlichen Gewalt darstellen, sind demgemäß umsatzsteuerfrei (Beispiele hierfür weiter unten S. 50, 51). Diesen Rechtsgrundsatz hat auch der RFH. gleich zu Beginn seiner Rechtssprechungstätigkeit betont [8]).

Es fragt sich nun aber, wann eine Beamtentätigkeit vorliegt, die die mit dem Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Eigenschaften hat. § 24 der neuen Durchführungsbestimmungen zum Ums. St. G. vom 25. Juni 1926 (RGBl. I S. 323) beantwortet die Frage (entsprechend § 2, Abs. 1 der Durchführungsbestimmungen zum Körperschaftssteuergesetz) dahin, daß „der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen die Hoheitsverwaltungen des Reichs und der Länder sowie die Verwaltungen der Gemeinden (Gemeindeverbände), die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen". „Eine Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben ist insbesondere anzunehmen, wenn die Aufgaben eines Betriebes oder einer Verwaltung auf Leistungen gerichtet sind, zu deren Annahme der Leistungsempfänger auf Grund gesetz-

---

6) Weiter ist die Umsatzsteuerpflicht vom RFH. u. a. bejaht worden: für den Verkauf von Altpapier und Vordrucken durch Behörden (Bd. 3 S. 95 und 12 S. 130), für Marktstandsgelder (Bd. 18 S. 190), für die Tätigkeit des Zwangsverwalters (Bd. 2 S. 313; 5 S. 136) und die Tätigkeit eines Revisionsverbandes im Genossenschaftswesen (Bd. 6 S. 93), für die Verpachtung der im Besitz einer Gemeinde befindlichen Ratskeller- und Volksgartenschankwirtschaft (RStBl. 1926 S. 227), für die Einnahmen aus dem Betrieb eines staatlichen Gestüts (RStBl. 1928 S. 206).

7) Es erscheint mir nicht ganz unbedenklich, wenn Popitz (a. a. O. S. 350/1) beispielsweise Markthallen, Häfen, Kaianlagen, Kranken- und Irrenanstalten der Gemeinden und Gemeindeverbände unter dem Gesichtspunkt, daß hier eine „soziale Tätigkeit" der Staatsgewalt vorliege, schlechthin als umsatzsteuerpflichtig bezeichnet. M. E. ist dabei übersehen, daß diese und ähnliche kommunale Betriebe und Verwaltungen oftmals als echte öffentliche Anstalten anzusprechen sind. Ist dies aber der Fall, so dürften ihre Leistungen nach dem oben (S. 29 ff.) Gesagten nicht mehr als privatwirtschaftliche, sondern als in Ausübung der öffentlichen Gewalt vorgenommene zu betrachten sein. Siehe auch oben S. 7.

8) Vgl. Bd. 2 S. 315, 339 und Bd. 3 S. 96.

licher oder behördlicher Anordnung verpflichtet ist“ [9]). Diese Bestimmung ist, wie oben (S. 42/3) bereits vermerkt wurde, der Rechtsprechung des RFH. entnommen. Danach ist ein Ausfluß der öffentlichen Gewalt jedenfalls dann anzunehmen, „wenn der Leistungsempfänger auf Grund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung verpflichtet ist, die Leistung anzunehmen (RFH. 12, 289, ebenso 12, 53)“ [10]).

Im einzelnen hat der RFH. eine Erfüllung öffentlicher Aufgaben und damit Steuerfreiheit in folgenden Fällen angenommen: Überwachung von Dampfkesseln durch den Dampfkesselüberwachungsverein gegenüber Nichtmitgliedern (Bd. 12 S. 53), Lieferung von Dienstbekleidungsstücken durch die Marineverwaltung an die zum Bezug der Sachen verpflichteten Personen (Bd. 12 S. 289), Tätigkeit der Katasterbehörden im Rahmen der im § 17 Nr. 6—8 der Katasteranweisung V vom 21. Februar 1912 bezeichneten Geschäfte (Bd. 13 S. 301), Ausstellung von Grasschneide-, Leseholz usw. -zetteln durch die preußischen Forstkassen (RStBl. 1923 S. 384), Leistungen von Friedhofsverwaltungen, soweit gesetzlicher oder behördlicher Annahmezwang besteht (Bd. 15 S. 197), Entscheidung von Handelskammern über die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel (RStBl. 1924 S. 121), Verpachtung des Rechts des preußischen Staates zur Erhebung von Brückengeld und Verpachtung von Fährgerechtigkeiten (Bd. 19 S. 294) [11]), Ausstellung von Angelkarten und Erhebung von Schleusenabgaben durch die Reichsbahndirektionen, Verbreitung von

9) Vgl. hierzu noch § 26 a. a. O.:
„Zu den Betrieben und Verwaltungen, die der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen, gehören auch Schlacht- und Viehhöfe, Anstalten zur Nahrungsmitteluntersuchung, Desinfektionsanstalten, Kadaververnichtungsanstalten, Anstalten zur Müllbeseitigung, zur Straßenreinigung und zur Abführung von Spülwasser und Fäkalien. — Die Befreiung des Reichs, der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) wegen der im Abs. 1 genannten Anstalten erstreckt sich nur auf diejenigen Leistungen, die regelmäßig mit diesen Betrieben verbunden sind. Umsatzsteuerpflichtig sind daher z. B. bei Schlacht- und Viehhöfen Vieh- und Eisverkäufe“.

10) Bd. 15 S. 197. Daß Hoheitsverwaltung und Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben einander gleichzustellen sind, ist ebenfalls schon näher dargelegt worden. Es wird daher an dieser Stelle auf die früheren Ausführungen (S. 42/3) verwiesen.

11) Dazu die Bemerkungen von Wassertrüdinger in JW. 1927 S. 470.

Wetternachrichten durch eine öffentliche Wetterdienststelle (RStBl. 1928 S. 218) [12]) [13]).

Nach § 1 Nr. 2 des Ums. St. G. unterliegen der Steuer auch Entnahmen von Gegenständen aus dem Betrieb, um sie zu Zwecken, die außerhalb der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit liegen, zu gebrauchen oder verbrauchen. Beim Staate, den Gemeinden und Gemeindeverbänden liegt ein derartiger steuerpflichtiger Eigenverbrauch dann vor, wenn von ihren gewerblichen Betrieben Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenstände an solche Stellen derselben Körperschaft abgegeben werden, deren Tätigkeit der gewerbliche Charakter fehlt. Das aber ist, wie wir oben sahen, überall dort der Fall, wo öffentliche Gewalt ausgeübt wird.

Handelt es sich dagegen nicht um Entnahmen von Gegenständen des Gebrauchs oder Verbrauchs zum Zwecke der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben, sondern um ihre Verwendung in Betrieben, die in einem anderen, derselben Körperschaft gehörigen gewerblichen Betriebe gewonnen oder hergestellt werden, so entfällt die Steuerpflicht. So ist bei-

---

12) Weitere Beispiele bei Popitz a. a. O. S. 346 ff.

13) Ein sehr interessanter Fall ist z. Zt. Gegenstand des Streites zwischen der Stadtverwaltung Hagen und dem dortigen Finanzamt. Der Sachverhalt ist folgender:

Die Straßenanlieger in Hagen sind gemäß Ortsgebrauch verpflichtet, die Bürgersteige ordnungsgemäß instandsetzen zu lassen. Das zu verwendende Material ist besonders vorgeschrieben. Um eine einheitliche und ordnungsmäßige Befestigung der Bürgersteige zu erreichen, geschieht die Ausführung dieser Arbeiten auf Kosten der betreffenden Anlieger durch die Tiefbauverwaltung (Stadtbauamt). Diese wiederum vergibt die Arbeiten, da nicht genügend Arbeitskräfte verfügbar sind, an Hagener Unternehmer. Das zu verbauende Material (Platten, Pflastersteine, Sand usw.) stellt die Tiefbauverwaltung, so daß die Unternehmer lediglich Arbeits- und Fuhrlöhne in Rechnung zu stellen haben. Die Tiefbauverwaltung zahlt diese Beträge an die Unternehmer vorschußweise. Die Erteilung der Abrechnung an die Zahlungspflichtigen erfolgt nach Fertigstellung der betreffenden Arbeit. Bei der Abrechnung werden die Arbeitslöhne der Unternehmer ohne Berechnung eines Unkostenzuschusses in Rechnung gestellt. Lediglich die Materialien werden mit einem Unkostenzuschuß berechnet. Der Zuschuß fließt der Kasse der Tiefbauverwaltung zu. Er ist notwendig, um die Verwaltungsunkosten für die Vergebung der Arbeiten und die Beschaffung des Materials zu decken. Ein Gewinn wird also nicht erzielt.

Die Stadtverwaltung hat zunächst ihren Anspruch auf Steuerbefreiung bzgl. der von den Straßenanliegern an die Tiefbauverwaltung gezahlten Beträge auf § 3 Ziffer 3 (Steuerfreiheit der gemeinnützigen und wohltätigen Unternehmen) gestützt. Ein Erfolg war ihr jedoch nicht beschieden. Jetzt versucht sie, die Steuerfreiheit damit zu begründen, daß sie sagt, es handele sich bei den erzielten Einnahmen um Entgelte für die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe (§ 24 DBzUStG). Die

spielsweise die Abgabe von in einem staatlichen Bergwerk geförderten Kohlen an die Staatseisenbahn umsatzsteuerfrei [14]).

Der Reichsfinanzhof hat, soviel ich sehe, zu dem Begriff der öffentlichen Gewalt bisher ausdrücklich nur im Umsatzsteuerrecht, und zwar bei Gelegenheit der Abgrenzung der gewerblichen Tätigkeit von der Ausübung öffentlicher Gewalt Stellung genommen. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß seine Rechtsprechung es nicht vermocht hat, die im Einzelfall oft recht schwierige Frage, wann eine Tätigkeit öffentlicher Körperschaften Ausübung öffentlicher Gewalt ist, wann gewerbliche Tätigkeit, endgültig zu klären. In einer neueren Entscheidung [15]) ist hierüber grundsätzlich folgendes ausgeführt: „Nach dem Umsatzsteuerrecht ist zwischen der rein öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Tätigkeit des Staates zu unterscheiden. Nur letztere unterliegt der Umsatzsteuerpflicht. Wie die beiden staatlichen Tätigkeitsgebiete begrifflich voneinander zu unterscheiden sind, ist streitig und zweifelhaft. Weder für das allgemeine Steuerrecht noch für das Umsatzsteuerrecht geben Rechtslehre und Rechtsprechung ein für alle Fälle passendes Unterscheidungsmerkmal an die Hand. Im allgemeinen kann davon ausgegangen werden, daß

Rechtsverfolgungg dürfte nicht aussichtslos sein. In der Literatur (vgl. Friedrichs—v. Strauß-Torney a. a. O., S. 290) und Rechtsprechung (u. a. OVG, Bd. 47, S. 100/1; 54, S. 96) ist anerkannt, daß die Gemeinde die Herstellung des Bürgersteigs nicht zu übernehmen braucht, wenn die Anlieger hierzu bereits observanzmäßig verpflichtet sind. Indessen darf sie es tun, sobald sie es für richtig hält. Tut sie es, dann haben die Anlieger zu den Kosten der Herstellung des Bürgersteigs in der gleichen Weise anteilig beizutragen wie zu den übrigen Straßenbaukosten. Die Bürgersteigkosten zeigen zwar in diesem Falle eine gewisse Ähnlichkeit mit zivilrechtlichen Erstattungskosten. Sie sind aber m. E. ebenso als öffentliche Abgaben, Gemeindelasten i. S. des § 18 Nr. 2 und § 34 Nr. 2 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 anzusehen, wie sie es im Falle des § 15 Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 sind (vgl. OVG. Bd. 46 S. 90/1). Daß nun die Stadt Hagen als Steuergläubigerin in Ansehung dieser öffentlich-rechtlichen Beiträge der Umsatzsteuer unterliegen soll, wird nach dem Wortlaut und dem Sinn der §§ 24, 26 der Durchf. Best. nicht anzunehmen sein. Die hier vertretene Auffassung wird, wie mir von der Stadtverwaltung Hagen mitgeteilt wurde, in einer im Namen des Deutschen Städtetages zu der Streitfrage erstatteten gutachtlichen Äußerung des Beigeordneten Körner geteilt.

14) Über den Eigenverbrauch der öffentlichen Verwaltungen vgl. Rundschreiben des Reichsfinanzministers vom 12. April 1919 (Amtl. Mitteilungen S. 143); Popitz a. a. O. S. 386/8; Lindemann a. a. O. S. 59 und Entsch. des RFH. Bd. 20 S. 147 ff. (150), wo übrigens auch die Stadtentwässerung, Schulen, Obdach und Arbeitshaus, Straßenreinigung, Müllbeseitigung, Feuerwehr und Friedhofswesen zur „Hoheitsverwaltung" einer Stadt gerechnet werden.

15) Urteil vom 10. September 1926 in Bd. 19 S. 295/6.

aus der Umsatzsteuerpflicht die Tätigkeitsarten des Staates ausscheiden, bei denen er eine Aufgabe erfüllt, zu deren Vornahme nur der Staat als solcher, nicht aber ein Privatmann befähigt ist. In diesen Fällen, wo gewöhnlich von einem Hoheitsakt oder von dem Ausfluß der öffentlichen Gewalt gesprochen wird, kann nur der Staaat den wegen der Vornahme der Handlungen zu stellenden Anforderungen genügen. Es sind im Interesse des Gemeinwesens Aufgaben zu erfüllen, die ihrer Natur nach der privaten Tätigkeit entzogen sind". Die Entscheidung in St. u. W. 1928 S. 726 fügt hinzu, daß es sich um eine dem Staate eigentümliche und ihm wegen der Art der Tätigkeit ausschließlich vorbehaltene Aufgabe handeln müsse. Wann dies der Fall sei, beurteile sich in erster Linie nach der tatsächlichen Entwicklung der Verhältnisse und der Anschauung des Verkehrs.

Diesen Ausführungen wird man ohne Bedenken zustimmen können. Man muß sich aber bewußt bleiben, daß sie, so klar und einleuchtend sie an sich auch sind, dennoch faß- und greifbare Merkmale für die Abgrenzung zwischen gewerblicher und öffentlich-rechtlicher Tätigkeit nicht aufweisen.

Im einzelnen ist zu der Rechtsprechung folgendes zu bemerken:

In der Entscheidung vom 12. Mai 1920 (Bd. 2 S. 339) hatte der RFH. die Frage, ob etwa Gebühren für die Ausübung der den preußischen Bezirksschornsteinfegern obliegenden amtlichen Funktionen von der Steuerpflicht auszunehmen seien, noch offen gelassen. Aber schon bald darauf (Bd. 3 S. 96) bejahte er sie dahin, daß dort, wo das Entgelt Entgelt für einen öffentlichen Verkehrsakt, also eine Gebühr i. S. von Abgabe ist, die Steuerpflicht ausgeschlossen ist.[16]) Indessen war hierdurch nicht viel gewonnen. Einmal ist es eine Tautologie, wenn man sagt: eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit liege da vor, wo als Entgelt für sie eine Gebühr erhoben wird, und andererseits als Gebühr das Entgelt für eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit eines öffentlichen Verbandes bezeichnet. Sodann hat der RFH. seine Entscheidung selbst wieder untergraben in dem Urteil vom 29. Februar 1924 (Bd. 13 S. 222). Dort heißt es: die Leistung des Staates, die durch eine Gebühr abgegolten werde, könne auch auf dem Gebiete des privatwirtschaftlichen Verkehrs liegen. In demselben Sinne spricht sich auch das Gutachten über die Umsatzsteuerpflicht der Rundfunkgebühren (Bd. 17 S. 75) aus: „An dieser Rechtsauffassung (daß nämlich

16) Ebenso in Bd. 7 S. 276.

der Rundfunkbetrieb seiner Natur nach ein privatwirtschaftlicher sei) wird nichts dadurch geändert, daß das Entgelt von den Rundfunkteilnehmern in Form einer Gebühr erhoben wird, die zwangsweise beigetrieben werden kann. Denn eine Handlung einer staatlichen Verwaltung wird nicht schon allein dadurch zu einem H o h e i t s a k t e, daß der Staat dafür eine Gebühr erhebt. Es kommt vielmehr auf den Inhalt des Verwaltungsaktes an, für den die Gebühr entrichtet wird." [17])

Aus alledem erhellt, daß die Bezugnahme auf die Entrichtung einer Gebühr nicht weiter führt.

Der RFH. hat man in anderen Entscheidungen das Merkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt in dem Annahmezwang bei dem Leistungsempfänger finden zu können geglaubt, so unter Bezugnahme auf Bd. 12 S. 53 (Überwachung von Dampfkesseln durch den Dampfkesselüberwachungsverein gegenüber Nichtmitgliedern) und S. 289 (Kleiderabgabe an die zum Bezug verpflichteten Marineangehörigen) in dem Gutachten vom 23. Januar 1925 über die Umsatzsteuerpflicht der Friedhofsverwaltungen (Bd. 15 S. 197). Dort wird der frühere Grundsatz wiederholt, „daß ein Ausfluß der öffentlichen Gewalt jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn der Leistungsempfänger auf Grund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung verpflichtet ist, die Leistung anzunehmen". Indessen kann auch diese Fassung, weil sie nur einen Teil der in Betracht kommenden Erscheinungen umfaßt (beachte: „jedenfalls dann"!), nicht befriedigen. Weiterhin ist festzustellen, daß, wie der RFH. selbst zugeben muß, [18]) ein Annahmezwang auf Grund bloßer Monopolstellung des Staates auf gewerblichem Gebiete keine Steuerfreiheit zu begründen vermag. Und schließlich hat der RFH. seinen Standpunkt z. T. wieder aufgegeben in der Entscheidung vom 8. Juni 1926 (V A 136/23). [19]) Hier wird erklärt, daß Steuerfreiheit auch bei Annahmezwang dann nicht in Frage komme, wenn es sich „um eine Leistung innerhalb einer Tätigkeit handelt, die an und für sich den Gegenstand der freien gewerblichen Tätigkeit bilden kann, jedoch der staatlichen Aufsicht untersteht, und die Leistung nicht durch einen Beamten oder Angestellten der öffentlichen Körperschaften, sondern von einer Person bewirkt

17) Der letzte Satz ist, wenn der Begriff Verwaltungsakt im technischen Sinne aufgefaßt sein sollte, insofern bedenklich, als Verwaltungsakte immer eine Äußerung hoheitlicher Gewalt bedeuten.

18) Vgl. RSt. Bl. 1926 S. 150 Nr. 159.

19) Entnommen aus Jacobi a. a. O. S. 307. Andererseits wird wiederum in der Entscheidung in St. u. W. 1928 S. 726 Annahmezwang ganz allgemein als ein „sicheres Merkmal" für das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit bezeichnet.

wird, die von der Behörde zur Ausübung ihres Berufes öffentlich zugelassen ist". Ferner wird noch ausdrücklich bemerkt, es sei aus der bisherigen Rechtsprechung nicht zu entnehmen, „daß ausnahmslos überall Wahrnehmung öffentlicher Gewalt anzunehmen sei, wo dem Leistungsempfänger die Leistung des Gemeinwesens aufgedrungen wird", hinzukommen müsse vielmehr, daß diese „von einem Beamten oder Angestellten der öffentlichen Körperschaft bewirkt wird". [20])

Soweit die bisherige Rechtsprechung. Mag man auch die Entscheidungen im Ergebnis für richtig halten, in ihren prinzipiellen Erörterungen sind sie m. E. doch zu unbestimmt bezw. unvollständig, als daß man von einer treffenden Charakterisierung einer Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt sprechen könnte. Weit glücklicher scheint mir in dieser Beziehung die Rechtsprechung des Reichsgerichts gewesen zu sein, wonach zum Begriff der öffentlichen Gewalt nicht erforderlich ist, daß die Handlung des Beamten in Ausübung eines staatlichen Zwangsrechts erfolgt, daß vielmehr auch Akte des staatlichen Schutzes, der staatlichen Fürsorge mitumfaßt werden. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung auf dem Gebiete des Zivil- und Steuerrechts wäre dringend zu wünschen, daß auch der RFH. den Begriff der öffentlichen Gewalt so faßt, daß darunter jede öffentlichen Zwecken gewidmete, auf öffentlichrechtlicher Grundlage fußende Amtstätigkeit, sei sie zwingender oder fürsorgender Art, verstanden wird, die unmittelbar oder mittelbar nach außen gerichtet ist, in die Verhältnisse Dritter eingreift. [21])

Was schließlich die von Bühler [22]) angeschnittene Frage angeht, ob die Umsatzsteuerpflicht der Reichspost, speziell der Rundfunkgebühren, im Hinblick auf § 6 des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes nicht einer Nachprüfung zu unterziehen sei, so glaube ich diese Frage verneinen zu können. Allerdings ist in § 6 Abs. 1 S. 2 a. a. O. bestimmt, daß für das Gebiet der Verkehrsteuern, namentlich also auch der Umsatzsteuer, der gesamte Verkehr der Deutschen Reichspost als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen sei. Abs. 4 fügt aber hinzu: „Die besonderen Befreiungsvorschriften des Umsatzsteuergesetzes bleiben unberührt". M. E. hat sich durch das Inkrafttreten dieser sich einander widersprechenden Vorschriften an der bisherigen Rechtslage nichts geändert. Nur so ist es zu verstehen,

---

20) Siehe hierzu auch Popitz a. a. O. S. 345/6, der bemerkt, daß die Entwicklung jedenfalls noch nicht abgeschlossen sei.
21) So auch Delius im Preuß. Verw. Bl. Bd. 45 S. 349.
22) Steuerrecht S. 198.

daß das Ums. St. G. in der neuen Fassung vom 8. Mai 1926 von der grundsätzlichen Steuerpflicht der Reichspost ausgeht und erst durch eine persönliche Befreiungsvorschrift in § 3 Nr. 1 Reich und Länder wegen des Post-, Telegraphen- und Fernsprechverkehrs sowie Beförderungsunternehmungen wegen der auf Gesetz beruhenden Leistungen für diesen Verkehr von der Besteuerung ausgenommen werden. Hiernach dürfte die Bejahung der Steuerpflicht des Reiches für die Rundfunkgebühren (RFH. Bd. 17 S. 73) auch für die Zeit der Geltung des neuen Reichsbesteuerungsgesetzes zu Recht bestehen. § 25 Abs. 1 und 3 der Ausführungsbestimmungen zum Umsatzsteuergesetz vom 25. Juni 1926 (RMBl. Nr. 29 S. 623) sprechen jedenfalls für die hier vertretene Ansicht.[23])

23) Zustimmend auch der RFM. in der Anlage zum Erlaß vom 28. August 1928 III u 7000, S 55 I [1].

III. Hauptteil.

Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt" und „Staatshoheitsverwaltung" in der Statistik und der beamtenrechtlichen Literatur.

I. In der neueren Statistik über die Beamten des Reichs, der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände), namentlich bezüglich des sog. Beamtenabbaues, wird der Begriff „Hoheitsverwaltung", und zwar meist im Gegensatz zu Betriebsverwaltung, ausgiebig gebraucht. Das Gleiche gilt von den auf Grund der Verordnungen über Finanzstatistik vom 9. Februar 1926 (RGBl. I S. 109) und vom 25. Juli 1927 (RGBl. I S. 245) veröffentlichten Ergebnissen der Reichsfinanzstatistik in der Zeitschrift Wirtschaft und Statistik.[1]) Die beiden Verordnungen selbst erwähnen allerdings den Begriff der Hoheitsverwaltung nicht, wohl aber findet er sich in den beigefügten Mustern zur Finanzstatistik der Länder.[2]) Bei der Finanzstatistik der Gemeinden und Gemeindeverbände ist statt dessen von „Kämmereiverwaltung" die Rede.[3]) Ihnen (Hoheitsverwaltung bzw. Kämmereiverwaltung) werden gegenübergestellt die Unternehmungen und Betriebe oder die Betriebsverwaltungen.[4])

Es erhebt sich die Frage, ob der Begriff Hoheitsverwaltung in den vorgenannten Fällen gleich oder anders gedacht ist als der der öffentlichen Gewalt, welcher hier nirgends auftaucht. Die Verordnungen selbst enthalten sich ebenso wie die Fußnoten zu den abgedruckten verschiedenen Mustern jeder Äußerung, aus der Schlüsse nach der einen oder anderen Richtung gezogen werden könnten. Indessen glaube ich einen Hinweis dafür gefunden zu haben, daß mit dem Ausdruck Hoheits-

1) 1926: S. 132/3, 136/7; 1927: S. 458, 886, 955; 1928: S. 292, 338, 490, 661, 718, 791, 810, 898, 918.
2) RGBl. 1926: S. 112/3, 114/5, 121; RGBl. 1927: S. 248, 250, 252.
3) RGBl. 1926: S. 124, 126, 133, 143; RGBl. 1927: S. 257 ff, 267 ff.
4) RGBl. 1926: S. 116/7, 128/9; RGBl. 1927: S. 252, 257 ff, 267 ff.

verwaltung das umfaßt werden soll, was anderwärts, z. B. in den oben erörterten Staatshaftungs- und Steuergesetzen mit Ausübung öffentlicher Gewalt bezeichnet wird. Es heißt nämlich in einer (anonymen, anscheinend vom Statistischen Reichsamt herrührenden) Bemerkung über die Grundsätze der Erhebung und Aufbereitung der Reichsfinanzstatistik, daß diese diejenigen Verwaltungszweige einschließlich Anstalten und Einrichtungen erfasse, die öffentlich-rechtlichen oder gemeinnützigen Zwecken ohne Rücksicht auf Ertragserzielung dienen (Hoheitsverwaltungen beim Reich und bei den Ländern, Kämmereiverwaltungen bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden).[5]) Demgegenüber sollen als Betriebe und Unternehmungen (= Betriebsverwaltungen) gelten „alle öffentlichen Einrichtungen, die nach gesetzlicher Vorschrift oder allgemeinen finanzwirtschaftlichen Grundsätzen so zu führen sind, daß ihre Ausgaben mindestens durch die Einnahmen gedeckt werden".[6])

M. E. geht schon hieraus genügend klar hervor, daß die in der Statistik durchgeführte Scheidung der aus Finanztatsachen öffentlich-rechtlicher Art resultierenden Finanzvorfälle und -erscheinungen von solchen, die einer aus historischen oder sachlichen Entwicklungslinien erstandenen sog. privatwirtschaftlichen Betätigung entspringen, m. a. W. die Scheidung der öffentlichen Verwaltung von der Verwaltung der Erwerbsbetriebe sich deckt mit dem Gegensatz von staatlichen oder gemeindlichen Lebensäußerungen auf öffentlich-rechtlichem und auf privatrechtlichem Gebiete.

Die Ansicht, wonach hier wie sonst unter Hoheitsverwaltung das verstanden werden soll, wofür man sonst gewöhnlich den Begriff der öffentlichen Gewalt einsetzt, findet ihre Stütze darin, daß nach den Mustern, welche die beiden Verordnungen in Bezug nehmen, zur Hoheitsverwaltung gerechnet werden nicht nur diejenigen Verwaltungszweige, die es vornehmlich mit der Ausübung von Zwangsrechten gegen die Untertanen zu tun haben (z. B. Polizei-, Justiz- und Finanzverwaltung), sondern nicht zuletzt auch die staatliche bezw. kommunale Schutz- und Fürsorgetätigkeit auf den verschiedensten Gebieten (so Fürsorge- und Gesundheitswesen, Erwerbslosenfürsorge und Arbeitsnachweis, Wohnungswesen,

5) Wirtschaft und Statistik 1928 S. 339.

6) a. a. O. S. 352. So auch schon § 4 Abs. 2 der Verordnung zur Ausführung des § 60 des Finanzausgleichsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juni 1923 (RGBl. I S. 494) und vom 21. Juli 1923 (RGBl. I S. 731).

Schul- und Unterrichtswesen, Kunst und Wissenschaft, Verkehrswesen uw.), mit einem Wort alles, was sich nicht als Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen der Gebietskörperschaften darstellt.

Ganz im Sinne der vorstehenden Ansicht versteht Nawiasky [7]) unter Betriebsverwaltung „die Führung von wirtschaftlichen Einrichtungen zur Gütererzeugung, Güterbewegung oder Gütervermittlung, wie sie besonders bei den Verkehrsanstalten, aber auch bei Bergwerken, Forsten, Manufakturen, Fabriken, Kreditinstituten usw. gegeben sind. Wenn es sich dagegen, so fährt er fort, nicht um unmittelbare Beteiligung am Wirtschaftsprozeß handelt, rechnet man die öffentliche Tätigkeit zur Hoheitsverwaltung ohne Rücksicht darauf, ob dabei obrigkeitliche Funktionen [8]) ausgeübt werden, wie besonders das Beispiel des mittleren und höheren Schulwesens, der öffentlichen Sammlungen zeigt."

In diesem Zusammenhange mag noch der kürzlich (im RMinBl. 1929 S. 265) veröffentlichte Erlaß der Reichsregierung über „Hoheitsanordnungen" und Verhalten der Reichsbehörden bei besonderen Anlässen vom 20. März 1929 erwähnt werden. Unter Hoheitsanordnungen werden hier die allgemeinen Anordnungen der Reichsregierung für das Verhalten der Reichsbehörden und Reichsbeamten auf repräsentativem und anderem, die Staatshoheit im allgemeinen betreffenden Gebiete verstanden und zu diesen Hoheitsanordnungen u. a. gerechnet Anordnungen über Dienstbefreiung der Beamten zur Teilnahme an besonderen Veranstaltungen, Verhalten der Beamten bei Generalstreik und Unruhen, gemeinsame Veranstaltungen der Behörden (z. B. Verfassungstag und ähnliches), Beflaggung der Reichsdienstgebäude. Dafür, daß dieser Erlaß mit der Bezeichnung „Bearbeitung der Staatshoheitsangelegenheiten" (Abschnitt II Ziffer 4 daselbst) etwas von dem Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt Abweichendes hat bestimmen wollen, ist nichts ersichtlich.

II. In der Literatur des Staats- und Verwaltungsrechts wird vereinzelt gelehrt, Ausübung öffentlicher Gewalt sei nicht gleichzustellen mit Ausübung von Hoheitsrechten oder Staatshoheitsverwaltung. So meint Reimer [9]) unter Berufung auf

7) Grundprobleme S. 19.
8) Wohl im Sinne von Ausübung staatlicher Zwangsrechte gegen die Untertanen.
9) Beiträge Heft 1 S. 15.

Coester [10]): „Die Ausübung öffentlicher Gewalt ist .... nicht schlechthin identisch mit der Ausübung von Hoheitsrechten. Der Begriff der öffentlichen Gewalt geht vielmehr weiter, wie derjenige der eigentlichen Hoheits- und Majestätsrechte". v. Krais [11]) erklärt sich ebenfalls gegen die Gleichsetzung von Ausübung öffentlicher Gewalt und Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, weil jener Begriff weiter sei als dieser. Er führt hierzu aus: „Unter „öffentlicher Gewalt" ist z. B. auch das gemeindliche Besteuerungsrecht, die Schuldisciplin (wenigstens in Bezug auf den obligatorischen öffentlichen Volksschulunterricht), die Disciplinar- und Zwangsgewalt der gesetzlichen öffentlichen Armenpflege, überhaupt jede obrigkeitliche oder doch unmittelbar auf Verwirklichung von öffentlichen (Staats- oder Verbands-)Zwecken gerichtete und zur Erfüllung dieser Aufgaben mit gewissen Zwangsbefugnissen gesetzlich ausgestattete Amtstätigkeit zu verstehen".

Eine von diesen völlig abweichende Ansicht vertritt Hatschek [12]). Nach ihm sind die Akte der Staatshoheitsverwaltung gegenüber den „reinen" Verwaltungsakten mit besonderen rechtlichen Eigenschaften ausgestattet. Staatshoheitsakte seien solche Akte der Regierung, welche es mit der Beobachtung und Überwachung des richtigen Funktionierens der großen Machtverteilung der Gewalten im Staate, der Beobachtung ihrer Wechselwirkung aufeinander, des Verhältnisses von Exekutive zu Legislative und des Verhaltens des Staats gegenüber auswärtigen Mächten zu tun hätten. Jede Willensäußerung der preußischen Staatsregierung oder des Reichspräsidenten sei ein Staatshoheitsakt im Sinne des preußischen Rechts und der Nachprüfung des ordentlichen Zivilrichters entzogen. Weder dürfe der Richter die Staatshoheitsakte außer Kraft setzen, noch für den durch sie entstandenen Schaden dem Staatsbürger Entschädigung zusprechen. In durchaus ähnlicher Weise hat endlich Triepel [13]) die Immunität der Akte der Reichsaufsicht vertreten.

Was zunächst die Ansicht von Coester und Reimer angeht, so kann nicht zugegeben werden, daß sich der Begriff Ausübung der Majestäts- oder Hoheitsrechte i. S. des Allgemeinen Landrechts (T. II Tit. 13 §§ 5—16) nicht deckt mit dem, was allgemein unter Ausübung öffentlicher Gewalt verstanden

10) a. a. O. S. 312, Anm. 3, 313 Anm. 1.
11) a. a. O. Bd. 50 S. 297/8.
12) Verw. R. § 7.
13) a. a. O. S. 99.

wird. Durchaus zutreffend Stier-Somlo: [14]) „Wenn man erklärt, öffentliche Gewalt wird dort ausgeübt, wo der Staat oder die Gemeinde als Träger von Hoheitsrechten auftritt, so wird die Tatsache der Anwendung der staatlichen Mittel nur mit zwei verschiedenen Ausdrücken belegt. Rechtsgeschichtlich ist . . . in Preußen die Ausübung der öffentlichen Gewalt mit der Ausübung von Hoheitsrechten (II 13 ALR.) stets gleichgesetzt worden. Sie bedeutet den bereits in der Kab. O. vom 4. 12. 1831 (GS. S. 255) hervorgehobenen Gegensatz zur Verwaltung der fiskalischen Rechte (II 14 ALR.), bei der der Staat nur eben die Rechte hat wie „jeder Privateigentümer" (§ 76 II 14 ALR.)". Hiernach bestehen m. E. keine Bedenken dagegen, daß Ausübung öffentlicher Gewalt und Ausübung von Hoheitsrechten einander gleichgestellt werden.

Auch gegen den Ausdruck Ausübung staatlicher Hoheitsrechte i. S. von Ausübung öffentlicher Gewalt wird sich nichts einwenden lassen, sofern man nur das Adjektiv „staatlich" im weiteren Sinne faßt, so daß auch die Tätigkeit anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts miteinbegriffen ist. [15]) Dies gegen v. Krais.

Die Lehren Hatscheks und Triepels endlich dürften nach dem soeben Gesagten mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen sein. Andernfalls wären, worauf u. a. Brand [16]) zutreffend hingewiesen hat, überhaupt alle Schadensersatzansprüche gegen den Staat wegen schuldhafter Verletzung der Amtspflichten bei Ausübung von Hoheitsrechten unzulässig, und die Staatshaftungsgesetze wären wirkungslos da ja der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nur Erfolg haben kann, wenn sich die Ausübung des Hoheitsrechts als schuldhafte Pflichtverletzung erweist. Richtig ist nur, daß für eine Klage auf Unterlassung einer hoheitsrechtlichen Handlung der Rechtsweg unzulässig ist. [17])

---

14) Handbuch S. 136.

15) Auch in den Fällen, wo nicht der Staat, sondern beispielsweise Kommunalverbände öffentliche Gewalt ausüben, kann doch insofern von staatlichen Hoheitsrechten gesprochen werden, als die sonstigen Träger der öffentlichen Gewalt in diesem Sinne delegierte Stellen der Staatsgewalt sind, ihre Organe mithin mittelbar staatliche Hoheitsrechte ausüben. Für eine entsprechende Auslegung des „staatlich" in dem oben genannten Begriff auch Reger-Dyroff a. a. O. S. 182 und RG. in Bd. 71 S. 47.

16) a. a. O. S. 548.

17) § 36 der Verordnung vom 26. Dezember 1808; Kab. O. vom 4. Dezember 1831; dazu RG Bd. 71 S. 47.

Aus alledem ergibt sich, daß die weitaus herrschende Lehre [18]) mit Recht Ausübung öffentlicher Gewalt und Staatshoheitsverwaltung bezw. Ausübung staatlicher Hoheitsrechte gleichsetzt.

18) Salman a. a. O. S. 9; v. Schelhorn, Die Amtshaftung, S. 10/11; Delius, Die Beamtenhaftpflichtgesetze, S. 5 und LZ. 1919 S. 1174; Liedtke in JW. 1920 S. 372; Stein a. a. O. S. 119/20; Giese, Verfassung, S. 348; Brand a. a. O. S. 548, 572, 577/8; Dock a. a. O. S. 246; Klewitz a. a. O. S. 65, 67; Loening, Die Haftung des Staats, S. 271; Anschütz im Verw. Arch. Bd. 5 S. 86/7, 92 ff; Frost a. a. O. S. 28/9; Fraenkel a. a. O. S. 2; Schaefer a. a. O. S. 46, 61; Wumkes a. a. O. S. 13/4, 19; Krauthause a. a. O. S. 5/6; Reißer a. a. O. S. 16; vgl. auch Laband im Arch. f. öff. R. Bd. 2 S. 158; W. Jellinek, Verw. R., S. 20 ff, 312/3; Krukenberg a. a. O. S. 9, 27.

Schlußabschnitt.

Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die Ergebnisse der Arbeit lassen sich dahin zusammenfassen:

Allgemeines. In den Beamtenhaftungsgesetzen des Reichs und der Länder sowie in einigen neuen Reichsteuergesetzen begegnen wir wiederholt dem Begriff der öffentlichen Gewalt. Es erhebt sich die Frage, ob dieser in den beiden verschiedenen Zweigen gleich auszulegen ist oder nicht. Die Untersuchungen hierüber ergaben, daß nach den Gesetzesmaterialien und der Rechtsprechung der Gerichte, namentlich der des Reichsgerichts und des Reichsfinanzhofs hier wie dort unterschieden werden muß zwischen der privatwirtschaftlichen und der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit des Staates und anderer öffentlicher Verbände, insbesondere der Gemeinden und Gemeindeverbände, und daß die öffentlich-rechtliche Tätigkeit es ist, die wir als Ausübung öffentlicher Gewalt zu bezeichnen haben. Das Ergebnis war: der Begriff der öffentlichen Gewalt ist auf beiden Gebieten, im Staatshaftungs- und im Steuerrecht, gleich gedacht und gleich auszulegen.

Was die begriffliche Abgrenzung der dem Bereich der öffentlichen Gewalt zuzurechnenden Staatsakte von den amtlichen Verrichtungen in privatrechtlicher Sphäre anbetrifft, so ist zu bemerken, daß das Reichsgericht eine glücklichere Hand gehabt hat als der Reichsfinanzhof. Es hat von vornherein auf die verschiedenen Möglichkeiten, wie sich die öffentliche Gewalt äußern kann, hingewiesen und betont, daß eine Ausübung öffentlicher Gewalt nicht nur dann vorliege, wenn die amtlichen Machtmittel rechtmäßig oder mißbräuchlich zu einem Zwange benutzt werden, sondern auch dann, wenn sie im Rahmen des Schutzes, der Fürsorge ohne jede Zwangsabsicht in eine Dritten schädliche Wirksamkeit treten. Diese klare Herausarbeitung des Begriffs nach der grundsätzlichen Seite hin lassen die steuerrechtlichen Urteile mehr oder weniger vermissen. Der Reichsfinanzhof hat sich zunächst auf bestimmte Gruppen von Fällen festgelegt, bei denen die Entscheidung an-

geblich nach einem „sicheren Merkmal" zu treffen sei. Alsbald mußte er aber die Feststellung machen, daß die engen Formulierungen den tatsächlichen Verhältnissen wenig gerecht wurden, und er war mehrfach gezwungen, seinen früheren Standpunkt später zum Teil wieder aufzugeben. Allgemein dürfte hierzu zu sagen sein, daß er bis jetzt eine erschöpfende Begriffsbestimmung nicht zu entwickeln vermocht hat, daß bei ihm ferner eine weitgehende Berücksichtigung der reichen und fruchtbaren reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu vermissen ist.

Die zweite Aufgabe bestand in einer Untersuchung darüber, ob der neuerdings in der Literatur und Rechtsprechung, vereinzelt auch in der Gesetzessprache wieder auftauchende Begriff der Staatshoheitsverwaltung oder der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte als gleichbedeutend mit Ausübung öffentlicher Gewalt zu betrachten ist. Bei der Beantwortung dieser Frage wurden wiederum die Gesetzesmaterialien und die Rechtsprechung zu den Staatshaftungs- und einigen Steuergesetzen herangezogen. Wir konnten überall die Feststellung machen, daß man die beiden Begriffe miteinander identifiziert, beide Termini promiscue im selben Sinne gebraucht.

Eine Ergänzung der Untersuchungen in den beiden angegebenen Richtungen wurde dadurch gewonnen, daß wir die offizielle Statistik, die sich des öfteren des Begriffs Hoheitsverwaltung bedient, sowie die beamtenrechtliche Literatur, soweit sie zur Themafrage Stellung nimmt, in einem 3. Hauptteil in den Kreis der Erörterungen einbezogen. Auch hier war festzustellen, daß sich im Gebiet der Statistik die Scheidung der Hoheitsverwaltung von der Verwaltung der Erwerbsbetriebe (Betriebsverwaltung) deckt mit dem Gegensatz von staatlichen oder gemeindlichen Lebensäußerungen auf öffentlich-rechtlichem und auf privatrechtlichem Gebiete. — In der Literatur wird zwar vereinzelt in verschiedenen Ausprägungen gelehrt, daß Ausübung öffentlicher Gewalt nicht schlechthin identisch sei mit der Ausübung von Hoheitsrechten. Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Meinungen ergab indessen, daß sie keinen Anspruch darauf erheben können, mit dem geltenden Recht in Einklang zu stehen, und daß die herrschende Lehre mit vollem Recht, wenn auch wohl nicht bewußt und ausdrücklich, die fraglichen Begriffe als sachlich gleichbedeutend nebeneinander verwendet.

Im einzelnen ergab sich im 1. Hauptteil der Arbeit, daß heute die Haftung des Staates und anderer öffentlicher Verbände für den von ihren Beamten in privatrechtlicher Wirk-

samkeit vorgenommenen Amtshandlungen in den §§ 31, 89, 831, 823 BGB., die Haftung für in Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig angerichtete Schäden in Art. 131 RV. in Verbindung mit § 839 BGB. und den einzelstaatlichen Haftungsgesetzen geregelt ist. Für bloß objektiv fehlerhafte Akte der öffentlichen Gewalt besteht eine Entschädigungspflicht des öffentlichen Verbandes im wesentlichen nur nach Maßgabe besonderer Gesetze. Bei rechtmäßig betätigter öffentlicher Gewalt wird in Preußen nach § 75 Einl. ALR. in Verbindung mit der Kab. O. vom 4. Dezember 1831 für entstandene Vermögensbeschädigungen gehaftet.

Im 2. Hauptteil wurde getrennt für das Gebiet des Reichsbesteuerungsgesetzes, des Körperschaftssteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuerrechts dargelegt, daß Akte der öffentlichen Gewalt, gleichviel von welchem öffentlichen Verbande sie ausgehen, schlechthin von jeder Besteuerung ausgenommen sind. Soweit nicht schon das Gesetz selbst eine dementsprechende ausdrückliche Bestimmung aufwies, gelangten wir auf Grund der angestellten begrifflichen Erörterungen zu dem erwähnten Ergebnis.

Lebenslauf.

Am 25. Oktober 1901 wurde ich als Sohn des inzwischen verstorbenen Rektors August Oermann und seiner Ehefrau Anna geb. Cremer in Thalburg (Kreis Mettmann) geboren. Ich bin katholisch und preußischer Staatsangehöriger.

In Essen besuchte ich 4 Jahre die kath. Gemeindeschule XVIII, darauf, vom Jahre 1912 bis 1921, die Krupp-Oberrealschule. Nach Erlangung des Zeugnisses der Reife vom 23. Februar 1921 war ich zunächst als Steuersupernumerar beim Finanzamt Essen-Land in Essen tätig. Später wandte ich mich dem rechtswissenschaftlichen Studium zu.

Ich studierte zuerst drei Semester (W. S. 1922/23 bis W. S. 1923/24 einschließlich) in Münster, in den beiden darauf folgenden Semestern in Freiburg i. Br. und vom S. S. 1925 bis zum S. S. 1926 einschließlich wiederum in Münster.

Am 14. und 16. Dezember 1926 bestand ich die erste juristische Prüfung bei dem Oberlandesgericht Hamm (Westf.). Seither bin ich als Gerichtsreferendar in Essen beschäftigt.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 24. Juli 1929 statt. Ich bestand sie mit dem Prädikat „cum laude".

Wenn es mir möglich gewesen ist, die vorliegende Arbeit anzufertigen, so ist dies nicht zuletzt auf die Anregung und die wohlwollende Unterstützung meines verehrten Lehrers, des Herrn Professor Dr. Bühler, zurückzuführen. Ich bin ihm dafür besonderen Dank schuldig, dem ich hierdurch gebührenden Ausdruck verleihen möchte.